

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y NORMATIVIDAD

MIGUEL CALMON DANTAS

Docente e pesquisador da UFBA; Docente e pesquisador do Programa Direito, governança e políticas públicas/Universidade Salvador/UNIFACS; Procurador do Estado da Bahia.
e-mail: mcaldantass@uol.com.br.

RESUMEN: El ensayo establece la distinción entre los derechos fundamentales e los derechos humanos no obstante la función convergente de protección a la persona humana en vulnerabilidad que si atribuye a los dos. Hace uso de la hermenéutica jurídica e recurre a lo estado de la arte especializado para desarrollar la argumentación.

Palabras Claves: Derechos fundamentales, derechos humanos, vulnerabilidad.

SOCIAL RIGHTS IN THE SPANISH CONSTITUTION AND NORMATIVITY

ABSTRACT: The essay establishes the distinction between fundamental rights and human rights, notwithstanding the convergent role of protecting the human being in vulnerability of the person that are attributed to both. It makes use of legal hermeneutics and resorts to specialized state of the art specialized to develop the argumentation.

Key Words: Fundamental rights, human rights, vulnerability.

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y EL DÉFICIT DE NORMATIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos fundamentales y los derechos humanos¹ son una de las creaciones más originales e importantes de la cultura y de la razón humana, lo que representa la creencia

¹ Se adopta la distinción entre derechos fundamentales e derechos humanos preconizada por Antonio Enrique Perez Luño (1998, p. 44-47), consistente en que los derechos humanos son pretensiones consagradas, en determinado momento histórico, en favor de la libertad, igualdad y dignidad, por los textos de derecho internacional e de derecho interno, mientras los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados. Revista Diálogos Possíveis, Salvador, ano 16, número 1, p 24 - 50 , jan./jun. 2017.

en la capacidad de derecho para proteger a la persona humana en situaciones de riesgo y de vulnerabilidad a las diferentes manifestaciones del poder. Dado el poder político, o el poder ideológico, o el religioso, o, incluso, el poder económico, los derechos fundamentales surgen y se desarrollan gradualmente a lo largo de la historia humana, ampliando el catálogo cada vez que un ser humano se enfrenta con nuevas formas de opresión.

Por lo tanto, es una afirmación correcta de Norberto Bobbio (1998, p. 5) cuando dice que los derechos humanos (lo que se aplica, sin distinción, a los derechos fundamentales) son los derechos históricos, "[...] nacidos en ciertas circunstancias, que se caracterizan por las luchas en defensa de nuevas libertades contra viejos poderes, nacidos y poco a poco, no todos a la vez y no una vez por todas. "

Y los derechos fundamentales del constitucionalismo son móviles, tanto en sus formas más tempranas, como el constitucionalismo antiguo y medieval, como en su forma más desarrollada, como el constitucionalismo moderno y sus consecuencias y las proyecciones, para el actual neoconstitucionalismo, a través de constitucionalismo social y con un carácter de dirección (CANOTILHO, 1994).

Así, está claro que el constitucionalismo implica un proceso de lucha y el derecho constitucional no es más que un derecho a luchas (DANTAS, 2009, p. 61), que busca someter a las más diversas formas de poder a una racionalización, tal como lo demuestra Mirkin-Guetzévich (1933, p. 40-41); sin embargo, una lucha que lleva no sólo a la creencia en la razón, porque los derechos fundamentales, que dan el movimiento y el tono, invocan emociones (HUNT, 2009, 24-25), y utopías.

Las emociones de apego a lo que representan, que encarnan el valor, la atracción de la felicidad y la satisfacción que les rodea. Las emociones, también, por el horror que causan cuando son rutinariamente vilipendiados, al no ser capaz de proyectar lo suficiente en la realidad, en hacerse realidad.

Por un lado, los derechos fundamentales expresan su carácter utópico, ya que han firmado una crítica abierta del presente y miran la proyección y la transformación del ser,

La expresión 'derechos fundamentales', con su significación actual apareció como *droits fondamentaux* en Francia 1770 (LUÑO, 1998, p. 29). A pesar de haber mucha controversia sobre el origen de los derechos humanos, si provenientes de los griegos, de los judíos, del cristianismo o de la filosofía da modernidad (MOYN, 2010, p. 05), hay los que entienden que, de facto, sólo surgieron después del post-guerra e en virtud de la necesidad de tutela del ser humano más allá de sus fronteras nacionales (MOYEN, p. 12-13). La expresión remite al período anterior a la Revolución Francesa, siendo utilizado por Rousseau no *Contrato Social* e dando el título a la Declaración francesa de 1789 (HUNT, 2009, p. 22-23).

como debería ser, destinándose a mejorar las condiciones de la existencia humana y posibilitar la plena realización y desarrollo de capacidades. Y, por supuesto, los derechos fundamentales, sin duda, "[...] evocan la esperanza y provocan la acción "(Moyne, 2010, p. 01).

Por otro lado, son los derechos fundamentales el resultado del desarrollo de una conciencia histórica, que se forma tanto por las luchas violentas y con frecuencia sangrientas por la prevalencia de los valores que los apoyan, al igual que de los constructos teóricos, filosóficos e ideológicos que garantizan la afirmación de tales valores, como considera Nicolás Pérez Calera (2010, p. 102).

En este contexto, en el cual los derechos fundamentales están involucrados y son responsables por la razón y la emoción, la utopía y la realidad, la reflexión por la acción insistente y constante, que hayan venido las cuestiones relacionadas con una de las categorías de derechos que es la más combatida y más cuestionada, que es los derechos económicos, sociales y culturales², o simplemente sociales.

Se puede considerar que el movimiento constitucional que se traduce en el pasaje del Estado liberal al Estado Social³ a través de la consagración de los derechos sociales y las normas programáticas que imponen la transformación de la realidad social y hacen frente a los problemas causados por la cuestión social se plantea en el siglo XX ser designado como el constitucionalismo social.

Hay dos fases del constitucionalismo social, el primero relacionado con el período de entreguerras, marcado por el advenimiento de las constituciones mexicana de 1917 y de Alemania de 1919, y el segundo con la post-guerra, cuando, de hecho, se estableció el constitucionalismo social con su fuerza normativa. La reflexión sobre los derechos sociales, sin embargo, es anterior, así como observa Cascajo Castro (2011, p. 4-5).

Entre los muchos que participan en el análisis del momento histórico del surgimiento de los derechos sociales, hay Georges Gurvitch (2004, p. 29), que sostiene, *en verbis*:

En la Francia libre se impone profundas reformas estructurales. Ellas están relacionadas al renacimiento nacional. Una nueva Revolución francesa está a camino. Deberá ser y será generosa. Deberá realizare la libertá, la igualdad y la fraternidad en el campo económico. Deberá socializar sin cambiar todo para el Estado. [...]. Ora, el primero acto de esta nueva Constitución

² De ahora por delante, llamados como derechos sociales.

³ Sobre el Estado Social, es importante el análisis hecho por Gerhard Ritter (1991).

nacional deberá ser la proclamación de una Declaración de los Derechos Sociales.⁴

Si el constitucionalismo liberal nace para contener el ejercicio arbitrario del poder político, el constitucionalismo social adviene de la necesidad de proteger al ser humano ya no como individuo, sino como ser humano contextualizado delante de una pluralidad de relaciones sociales cuya ausencia de condiciones materiales de existencia impide que goce de su propia libertad.

El reconocimiento de los derechos sociales surge de la necesidad de limitar el poder económico para frenar los abusos y excesos de la economía de libre mercado en virtud de la conclusión de que la mano invisible del mercado se guía por el brazo visible del poder económico, con la complicidad del Estado liberal, por lo que se enfrenta, como ya se señaló en 1948 Georges Burdeau (1948, p. 291), “Lorsqu’on parle aujourd’hui des droits sociaux, on songe surtout à un ensemble de prérogatives qu’il paraît désirable de conférer à l’individu pour le libérer des contraintes économiques.”

El agravamiento de la cuestión social⁵, la teorías y los movimientos sociales de oposición e impugnación del liberalismo, la insatisfacción con la incapacidad de ejercer las libertades proclamadas, el estallido de la Revolución Rusa y la extensión de la ciudadanía a las clases más bajas en el siglo XX, fueron factores que han impuesto el advenimiento del constitucionalismo social, que está anclado en los valores humanísticos de la dignidad, igualdad y solidaridad, y con ellos, en los derechos sociales.

En vez de reconocer que sin el constitucionalismo los derechos fundamentales no sería lo que es (Belluno, 1998, p. 19), parece que el constitucionalismo no existiría más que en la función y debido a los derechos fundamentales y, en consecuencia, el constitucionalismo social, con sus variantes, no podría ocurrir sin derechos sociales.

Si, como Flavia Piovesan (2010, p. 04) ha dicho, los derechos fundamentales, en cuanto reivindicaciones morales, nacen cuando es posible y cuando deben nacer, los derechos

⁴ Texto libremente traducido. Sigue en su versión original: “Nella Francia liberata si impongono profonde riforme strutturali. Esse sono legate alla rinascita nazionale. Una nuova Rivoluzione francese è in camino. Dovrà essere, e sarà, generosa. Dovrà realizzare la libertà, l’uguaglianza e la fratellanza in campo economico. Dovrà socializzare senza staccare. [...]. Ora, il primo atto della nuova Costituzione Nazionale che fonderà questa repubblica dovrà essere la proclamazione di una *Dichiarazione dei Diritti Sociali*.”

⁵ Sobre de la cuestión social son importantes las reflexiones de Commaille (1997) y de Robert Castel (2005, p. 31-32), para quien “A insegurança social faz desta vida um combate pela sobrevivência dia após dia, cuja saída é cada vez mais incerta. Poderíamos falar de *desassociação social* (o contrário da coesão social) para dar um nome a este tipo de situação, como a dos proletários do século XIX, condenados a uma precariedade permanente por falta de ter o mínimo controle sobre o que lhes acontece.”

sociales nacieron cuando fue posible, pero mucho tiempo después de cuando deberían tener nacido, puesto que el origen del constitucionalismo moderno ya contenía aspiraciones relativas a los valores fundamentales representados por los derechos sociales.

Además, por si fuera poco la dificultad del proceso histórico de la afirmación de los derechos sociales, ni siquiera pudieron obtener su consolidación y su madurez jurídica y social a partir de la existencia de textos retóricos que los proclaman en el contexto de la realidad social.

En efecto, aunque se reconozca que los derechos fundamentales y los derechos humanos en su conjunto sufren de problemas de eficacia y realización, según consta en el texto clásico de Bobbio (1992, p. 25), los derechos sociales, por lo general, son los que enfrentan diversas presiones y desafíos, que son aumentados por fuerza de la globalización económica, dando lugar a un déficit no sólo de eficacia, sino de su propia normatividad.

Esta falta de normatividad implica la ausencia de reconocimiento de que las libertades constitucionales y los derechos sociales deben tener el mismo grado jurídico-constitucional y, en consecuencia, hay una menor efectividad de los derechos sociales, lo que se explica por las diferencias estructurales entre las dos categorías de derechos fundamentales, lo que son solamente ideas preconcebidas.

No puede haber desarrollo ni la reflexión sobre las técnicas y las maneras de garantizar los derechos sociales si no se reconoce lo suficiente para la estatura normativa y constitucional de los mismos, teniendo en cuenta el equivalente de las libertades y los derechos civiles en general.

Por lo tanto, el problema de la realización de los derechos exige la reflexión respecto al desarrollo de una teoría de los derechos sociales incluidos en la teoría general de los derechos fundamentales (Alexy, 2001) y que sea compatible con el texto constitucional y el contexto de varias experiencias nacionales y con la dimensión global de la existencia humana.

En el caso de la Constitución española, se debe superar las referencias textuales que, en principio, proporcionan un régimen jurídico menos afortunado y de menos protección a los derechos sociales en comparación con las libertades, en particular sobre la crisis social y económica que sufre la Unión Europea, poniendo la presión de los lazos de solidaridad de la comunidad en la que se alimentan.

Ahora bien, si Bobbio (1992, p. 63) reconoce que “[...] à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil” e que “Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade”, a su vez, anima a todos al desnudar el horizonte de la necesidad de enfrentar y promover medidas imaginadas e imaginables para la protección efectiva de los derechos humanos, en los que están incluidos los derechos sociales (Bobbio, 1992, p. 37).

Un elemento que complica el reconocimiento de la igualdad del *status* jusfundamental de los derechos sociales proviene de la idea equivocada del proceso histórico de surgimiento de los derechos fundamentales a través de diferentes dimensiones o generaciones.

De hecho, la percepción de dicho proceso fue de T. H. Marshall (2004, p. 21-22), que identifica el desarrollo de la ciudadanía en tres elementos, que son los civiles, políticos y sociales, de conformidad con la evolución histórica⁶. El elemento social comporta todos los derechos referidos a una medida de bienestar económico y seguridad y, también la herencia social, destacando el derecho a la educación y los servicios sociales.

Cada categoría de derechos fundamentales, o elemento de la ciudadanía, se ha desarrollado a partir de su momento histórico determinado, de forma autónoma, siguiendo sus respectivos caminos, con velocidades propias, de acuerdo con la concepción de Marshall (2004, p. 23), afirmando que sólo recientemente que se alineaban los pasillos de los tres derechos.

Así, mientras los derechos civiles pertenecen al siglo XVIII, los derechos políticos son propios del siglo XIX y los derechos sociales se distinguieron y se afirmaron en el siglo XX (Marshall, p. 24)⁷⁸.

⁶ Para Marshall (2004, p. 52), “Los derechos civiles daban poderes legales cuyo uso se veía drásticamente reducido por el prejuicio de clase y la falta de oportunidad económica. Los derechos políticos daban poder potencial cuyo ejercicio demandaba experiencia, organización y un cambio de ideas en cuanto a las funciones apropiadas del gobierno. Llevo tiempo desarrollar todo eso. Los derechos sociales estaban en su punto mínimo y se hallaban entrelazados en el tejido de la ciudadanía. El propósito común del esfuerzo estatutario y voluntario era eliminar el fastidio de la pobreza sin perturbar el modelo de desigualdad del que la pobreza sin perturbar el modelo de desigualdad del que la pobreza era la consecuencia más obviamente degradable.”

⁷Esta separación no es hermética, habiendo la superposición y la comunicación entre dichos períodos sin que haya exclusión de la promoción de los derechos reconocidos anteriormente.

⁸ Se suele añadir más dimensiones de derechos fundamentales que las referidas por Marshall, como se verifica con Paulo Bonavides (1997), que defiende la existencia de derechos hasta la cuarta dimensión, habiendo quien defiende hasta seis dimensiones. Jim Ife (2008, p. 48-49), todavía, se opone a utilización de generaciones, considerando que existen siete categorías de derechos.

Esta diferenciación en el proceso de positivación de los derechos fundamentales ha dado lugar a una desvalorización de los derechos fundamentales de segunda dimensión⁹, que son los derechos sociales. En cuanto derechos de segunda dimensión, y porque no se adecuaban a la concepción doctrinal desarrollada en función de y prevaleciente sobre los derechos fundamentales, los derechos sociales no eran bien comprendidos y se sometían a una reflexión, a un pensamiento dirigido por la dogmática constitucional de color liberal es decir, constitucional, que se centró en las libertades públicas.

Sin embargo, hay incluso quienes abogan por una inevitable oposición entre los derechos sociales y libertades que debe ser resuelta con la prevalencia de estos.

Este es el caso de Hayek (2006, p. 305) al considerar que las libertades son los derechos negativos y los derechos sociales son derechos positivos, lo que requiere la definición de quien tiene el deber de establecer la satisfacción de las demandas hechas por el pueblo, lo que suprime toda la libertad natural, llegando a la conclusión de que “[...] los viejos derechos civiles y los nuevos derechos sociales y económicos no pueden alcanzarse al mismo tiempo, sino que más bien son de hecho incompatibles.”

Böckenförd (2000, p. 37-38) está de acuerdo con ese entendimiento y considera que la Constitución ya asegura la libertad, no siendo propio de su carácter la busca de la resolución de las contradicciones sociales, lo que debería quedar a cargo de la legislación y de la Administración. Además, “El principio del Estado social necesita que su contenido sea precisado por el legislador y la Administración y, en esta tarea, ambos están sujetos a las garantías constitucionales”.

En virtud de esas críticas y de las presiones sufridas por factores económicos, sociales y políticos para la frustración del proyecto emancipador del estado del bienestar y la capacidad transformadora de los derechos sociales, los derechos son por lo general concebidos como “[...] axiológicamente subordinados y estructuralmente distintos a los derechos civiles y políticos”, además, serían sólo meras aspiraciones o principios más o menos indeterminados y programáticos, “[...] dada su estrecha dependencia de la estructura económica y del nivel de desarrollo del país” (MORALES, 2009, p. 11). Así, en cuanto derechos de segunda dimensión, serían, en verdad, derechos de segunda categoría o nivel.

⁹ Es preferible la denominación dimensión, puesto que generación podría llevar a la conclusión que las siguientes niegan las anteriores, lo que no ocurre, habiendo una relación de complementariedad y refuerzo múltiples e recíprocos.

¹⁰ A pesar de Marshall haber incluido los derechos sociales en la tercera dimensión, es más común su inserción en la segunda dimensión, siendo la primer compuesta por los derechos civis e políticos.

En corroboración, Jim Ife (2008, p. 34-35) expone las razones por las cuales hay una gran prevalencia, incluso dentro de la sociedad en general, de la concepción de derechos humanos que se basa en los derechos de primera dimensión y que a ellos se limita, señalando que esto corresponde a una conveniencia política del gobierno.

Así, los derechos sociales son comprendidos como derechos de a) segunda categoría, b) subordinados, c) condicionados, d) vagos e indeterminados, y, como tales no-justiciables. Y esto es porque no se suele reconocer el mismo nivel potencial de la normatividad de los derechos civiles y políticos a los derechos sociales, es decir, no se admite que los derechos sociales puedan imponerse y imponer obligaciones jurídicas vinculantes, positivas y negativas, para el poder público y ni de orientar normativamente las acciones de los individuos, incluso en el mercado.

En razón de tantos obstáculos, los derechos sociales están muy lejos dar lugar a la transformación de la realidad social que es su finalidad y son incapaces de llevar a cabo la dimensión emancipadora y liberadora en virtud del proyecto de desmercantilización de las condiciones existenciales, como lo afirma Gosta Esping-Andersen (1999, p. 32-36). Para Ife (2008, p. 34), “First-generation rights are a necessary prerequisite for a just society, but they do not of themselves produce social equality or social justice.”

En este sentido, Fernando Atria (2005, p. 11) argumenta que el derecho no puede proteger los derechos sociales de la misma manera que hace con los derechos civiles y políticos; no es posible la extensión de las técnicas y formas de garantizar la libertad a los derechos sociales.

A su vez, Roig y Anon (2002, p. 105-109) señalan lo que consideran como aporías de los derechos sociales, que serían, en lo más relevante, a) su carácter relativo por fuerza del condicionamiento de su aplicación a las circunstancias y la disponibilidad de la recursos, b) la indeterminación interna, c) el problema de las garantías y la justiciabilidad, y d) la falta de carácter universal.

También Cascajo Castro (1988, p. 29-34) hace nota de las dificultades que desafían los derechos sociales, como la ausencia de un sistema de garantías para los derechos sociales como lo que existe por las libertades, la heterogeneidad de los derechos sociales, con contenidos diversos, y su relatividad debido a los condicionamientos a lo que sea oportuno, conveniente y apropiado en un momento determinado, lo que lleva a una gradación de su

aplicación, sin olvidar el “[...] difícil problema de los límites políticos y constitucionales del llamado modelo económico de la constitución.”

De hecho, se puede considerar que entre las aporías y los obstáculos mencionados, son mayores los problemas en virtud a la estructura jurídica que suele atribuir a los derechos sociales en la condición de derechos positivos, a diferencia de las libertades, como derechos negativos, de lo que adviene la dimensión financiera respecto a las prestaciones debidas a la realización de los derechos sociales, que fue nombrada como una reserva de lo posible, concebida del caso juzgado por el Tribunal Constitucional alemán que quedó conocido como *numerus clausus*¹¹¹².

Otro aspecto significativo es la indeterminación de los derechos sociales que, en conjunto con los costos que su satisfacción demanda, lleva a los condicionamientos de su normatividad y aplicación al desarrollo legislativo, a la *interpositio legislatoris*, haciéndoles dependientes de la discrecionalidad política del legislador; en otras palabras, al juicio de conveniencia y oportunidad para desarrollar una política para la implementación de los derechos sociales.

Estas características denotarían una incapacidad natural de los derechos sociales a la tutela judicial, a diferencia de la libertad, lo que es aún más significativo cuando las propias constituciones y los textos de derecho internacional reconocen distintos regímenes jurídicos para las dos categorías de derechos.

Por otra parte, a pesar de tantas y tan grandes aporías, las dificultades y los rechazos, los derechos sociales siguen sufriendo la crisis del Estado Social, que es resultado de una inadecuada comprensión y de una falta de compromiso de los modelos teóricos y dogmáticos, más ligados a los esquemas de la dogmática constitucional liberal. Además se encuentran sometidos a las consecuencias de la expansión del capitalismo más allá de las fronteras, impulsado por la globalización, y sus propias crisis económicas de 2008 y en la actualidad, que afectan a la economía global y afectan a los polos más sensibles de las relaciones sociales, que son precisamente los que demandan más protección social basada en los derechos sociales.

En este contexto, se convierte en un reto desarrollar un entendimiento abierto y adecuado, que sea basada en el pensamiento posibilista defendido por Häberle (2004, p. 48-

¹¹ Sobre la sentencia del caso *numerus clausus*, los comentarios de Alexy (2001, p. 420-425).

¹² La Corte Europea de los Derechos Humanos también ha reconocido el carácter costoso de algunos derechos sociales, como ha decidido en el caso Airey c. Irlanda, de 9 de octubre de 1979.

51), sobre el régimen constitucional de los derechos sociales proclamados por la Constitución española de 1978.

Como se analizará, diferentemente, *verbi gratia*, de la Constitución de brasileña de 1988, la Constitución Española confiere a una parte importante de los derechos sociales una estatura jurídica diferente de la que asigna a las libertades y los derechos políticos, constituyendo un régimen constitucional de protección menos intenso a los derechos son, indudablemente, *conditio sine qua non* para que el ser humano pueda desarrollar todo su potencial y se resistir al proceso de mercantilización del mundo (Ferry, 2010, p. 25).

Por supuesto, explicadas las razones históricas, teóricas y filosóficas que apoyan el déficit no sólo de efectividad, pero de normatividad de los derechos sociales, se debe proceder al rechazo de la oposición y los obstáculos erigidos en contra los derechos sociales y, al mismo tiempo, promover la reflexión sobre las aporías para, luego, hacer una análisis de la estatura y régimen jurídico que es proporcionada por Constitución española de 1978.

NATURALEZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

En razón de lo cuanto explicitado sobre los derechos sociales, sus aporías y presiones, se impone tratar de su naturaleza jurídico-constitucional para concluir se son justas y legítimas las oposiciones y críticas, o si son consecuencia de una comprensión equivocada de esos derechos, hecha de conformidad con los parámetros y las perspectivas de la dogmática de las libertades fundamentales.

Por lo tanto, es importante recurrir a la construcción teórica más nueva sobre la teoría de las normas constitucionales, desarrollada más recientemente por Dworkin (1999) y Alexis (2001) sobre la base de la llamada teoría de los principios.

Para Alexy las normas jurídicas son órdenes de conducta que se pueden realizar de dos formas distintas, a saber, por el establecimiento de medidas que pueden llevarse a cabo en diversos grados e intensidades, y también por órdenes que fijan en carácter definitivo la conducta debida. Por lo tanto, encarnan las normas que son razones *prima facie* para la acción y las normas que son razones definitivas para la acción. Las primeras serían la de los principios, el segundo, las reglas.

Alexy sostiene, entonces, la distinción entre principios y reglas, calificando a aquellos como mandatos de optimización que, por lo tanto, deben hacerse cumplir en el

mayor grado y medida que sea tanto de facto, como jurídicamente posibles, mientras que las reglas cubren lo que ya es posible en la práctica .

La dimensión de principios de los derechos fundamentales se destacó con agudeza por Robert Alexy (2001, p. 86) en la lección de abajo, en verbis:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan algo que sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

La caracterización de los principios como mandatos de optimización también es resaltada por Canotilho (2002, p. 1239), como sigue abajo, *in verbis*:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica.

Las reglas, diferentemente, son mandatos definitivos son o pueden ser estructuradas de acuerdo con la asociación entre la hipótesis y la consecuencia jurídica, o sea, como juicio hipotético-condicional.

Por lo tanto, llegase a la conclusión de que si todas las disposiciones constitucionales son normativas y los derechos sociales vienen a habitar en las constituciones, los derechos sociales son, de manera inequívoca, normas y normas constitucionales, independientemente del grado de interminación que tengan, sea mayor o menor. Cada derecho social, así, puede ser caracterizado como un principio o como una regla, por lo general, lo que demuestra la corrección de la comprensión Cascajo Castro (2011, p. 12) cuando establece que “Tampoco la diferenciación entre derechos y principios debe leerse como un binomio que divide lo exigible y garantizado de aquello otro con valor meramente informador de la legislación “positiva”.

La indeterminación no es característica sólo de los derechos sociales, pues es común que las disposiciones constitucionales también sean redactadas con expresiones o termos muy vagos y genéricos, de alto grado de abstracción, especialmente aquellas que son de naturaleza de principio (Alexy, 2001). No obstante, en eso se basa el reconocimiento de la

apertura semántica y de la apertura estructural, cuyo relleno y cuya comprensión se establecen a partir de los casos individuales a través de un proceso de razonamiento, de fundamentación y de especificaciones.

Pérez Luno (2006b, p. 291) confirma lo que se Alexy aboga, dijo:

La estructura peculiar de los derechos sociales en los que predominan las remisiones expresas a valores, principios o cláusulas generales más que las reglamentaciones analíticas, hacen insuficientes los instrumentos y pautas hermenéuticas de la dogmática positivista forjada en el siglo XIX.

Así que, en cuanto a su naturaleza jurídica, no se puede negar que los derechos sociales son proclamados y consagrados por las normas jurídicas y que esas pueden ser principios o reglas constitucionales, que tienen carácter vinculante y impositivo, a pesar de la indeterminación. Entendiéndose los derechos sociales como principios, como cualquier otro, pueden ser aplicados en diferentes grados e intensidades, según el caso, como ocurre con frecuencia con otros principios.

Con estas explicaciones sigue siendo rechazada la objeción de que los derechos sociales no deberían estar en las constituciones y que, si estuvieren, no puedan gozar plenamente del régimen jurídico de las normas constitucionales.

Queda poner en claro, sin embargo, ni siquiera por la indeterminación que les caracteriza, el contenido y la estructura jurídica de los derechos sociales, lo que es necesario para demostrar que no hay diferencias significativas entre el marco estructural de las libertades y de los derechos sociales, y por lo tanto, no es posible sostener que esos, por su propia naturaleza, tengan un régimen constitucional de protección menos garantista o que no tenga las mismas garantías de las libertades, adaptadas a sus peculiaridades. Si una determinada constitución lo hace, como fue el caso de la Constitución española con relación a algunos derechos sociales, se debe mucho más a la adhesión a una ideología de lo que a cualquiera imposición en virtud de la distinción entre las libertades y los derechos sociales.

De hecho, Teresa Giménez (2006, p. 87) señala que los derechos sociales se basan en la igualdad y los problemas derivados de la tentativa de distinguir y separar las libertades, no se justifican porque “[...] el proceso de impulso histórico del componente igualitario de los nuevos derechos sociales posibilita la ampliación del ámbito de la libertad humana.”

Como las libertades son, clásicamente, comprendidas como derechos negativos (BURDEAU, 1948, p. 20), se reputa que de ellas adviene solamente competencia negativa

para el Estado, o, en otras palabras, el deber de omisión para que no haya daño al bien jurídico tutelado por el derecho, cabiendo al poder público la abstención en determinado sentido.

Así, Roig e Añon (2002, p. 91) describen la concepción tradicional sobre la relación entre derechos sociales y libertades, *in verbis*:

A diferencia de los derechos de libertad, que son derechos en el sentido de facultades o pretensiones de comportamiento propio a los que corresponden prohibiciones o deberes públicos de no hacer, estos derechos, que podemos llamar de sociales o materiales son derecho o expectativas de comportamientos ajenos a los que deberían corresponder obligaciones de deberes públicos de hacer.” Por lo tanto esto de derecho es estado vinculado por prohibiciones y por obligaciones

Sin embargo, esta distinción entre los derechos sociales como derechos positivos o de prestación y de las libertades como derechos negativos o de defensa y, como tal, que no requieren costos para su cumplimiento y ni están sometidas al desarrollo legislativo, ha sido cuestionada. Incluso George Burdeau (1948, p. 20) ha considerado que la socialización habida de las libertades, con la consecuencia de asignación de función social a los derechos individuales, resultó en que las propias libertades pasaron a requerir la intervención del Estado favorable a su ejercicio.

Esta percepción es adoptada, entre otros, en Giuseppe de Vergottini (2004, p. 231)¹³, Pablo Lucas Verdú (2000, p. 148-149), Alexy (2001) y, más recientemente, Stephen Holmes y Cass Sunstein (2000). Estos estudiosos no adhieren al llamado defecto de nacimiento (Abramovich, Courtis, 2002, p. 21) de los derechos sociales, sosteniendo que a ellos no se limita el carácter positivo o prestacional y que es posible que las propias libertades exijan acciones positivas del Estado a su favor.

Holmes y Sunstein (2000, p. 233-234) argumentan que todos los derechos fundamentales implican deberes positivos, puesto que las libertades y la propiedad requieren la acción del Estado para protegerlas de cualquier daño derivado de terceros.

También Abramovich y Christian Courtis (2002, p. 24-25) consideran que la estructura de los derechos civiles y políticos implica un conjunto de obligaciones positivas y

¹³ Como se ha dicho, (DANTAS, 2009, p. 426), “O constitucionalista italiano critica a caracterização dos direitos sociais como direitos à prestação e sua distinção para com as liberdades, entendidas como direitos à abstenção. Segundo Vergottini, por vezes se mostra arbitrária essa distinção justamente por ser discutível o aludido critério de diferenciação, destacando apenas que se dá uma variação histórica quanto à intensidade da atuação estatal. Também faz as mesmas considerações quanto à distinção que se costuma apontar quanto as liberdades e os direitos políticos, pois aquelas têm um significado político particular e de relevo ao comporem as condições para a participação do indivíduo no processo político”.

negativas dirigidas al Estado, por lo que la diferencia con los derechos sociales es más de grado que en razón de importantes distinciones substanciales. Así, no parece razonable o aceptable que haya la consagración de un sistema jurídico constitucional de grado inferior de protección a los derechos sociales. También las libertades, mientras estén garantizadas o necesiten obligaciones positivas, causan costos para el Estado y esto no les confiere una estatura jurídica deficiente.

Por otra parte, la función misma de la indivisibilidad (Castro, 2011, p. 43) de los derechos fundamentales, que se deriva de su reconocimiento en el campo de los derechos humanos, rechaza cualquier diferenciación en cuanto al régimen jurídico de los derechos sociales, lo que representa un dogma en el discurso de los derechos humanos (Vargas, 2011, p. 1).

Admitiendo la necesidad de superación de la distinción estructural, Alexy (2001, p. 426 hasta 428), después de explicar la controversia que referente a los derechos a prestación - entendida como una categoría más amplia que la de los derechos sociales -, defiende la existencia de tres modelos de derechos a prestación en sentido amplio, que son los derechos a la protección, derechos de organización y procedimiento, y derechos a las prestaciones en el sentido estricto, que son los derechos sociales.

En la misma línea teórica, Borowsky (2003, p. 144), después de reconocer la existencia de diferentes clasificaciones de los derechos fundamentales a prestaciones, los divide en a) los derechos de protección, b) los derechos sociales y c) los derechos de organización y procedimiento.

De este modo, parece más apropiado concebir que todo y cualquier derecho fundamental contiene deberes negativos y positivos, sean las libertades o sean los derechos sociales. Habría dos deberes negativos, relativos a la preservación de la autonomía y el respeto a los bienes jurídicos tutelados. Estos derechos se asocian con cuatro posibles deberes positivos, que son los deberes de protección, promoción, garantía de satisfacción (DANTAS, 2009). Categorización muy similar es adoptada por Abramovich y Christian Courtis (2002, p. 29).

La complementación y la especificación de las aperturas estructural y semántica de un determinado derecho (sea o no un derecho de libertad) se hace a partir del caso concreto, permitiendo identificar cuál o cuáles de los deberes que hacen necesarios para la protección efectiva de un derecho fundamental, tornando posible la superación de la

indeterminación sin que haya indefinida dependencia a de la *interpositio legislatoris*, lo que no disminuye la importancia del desarrollo legislativo, pero no puede ser una condición insuperable para el ejercicio o mismo para la justiciabilidad de los derechos sociales.

Ewing (2003, p. 324-326) sostiene la existencia de los derechos sociales de substantivos y de los derechos sociales procesuales, representando la adopción del concepto ha defendido hace mucho por Gurvitch (2004, p. 70-73), considerando que los derechos sociales son los derechos que garantizan participación de grupos e individuos y asegura la integración social, destinándose a preservar la dimensión democrática de los mismos, lo que permite una intensa participación en todos los aspectos de la vida, trabajo, seguridad, bienestar, educación y cultura.

El carácter procesual-participativo de los derechos sociales – y de los derechos y las libertades fundamentales en su conjunto – ha sido destacado por Häberle (2000, p. 197-199) en la promoción de la extensión de la teoría de los *status* de Jellinek a través de la inclusión del *status activus processualis*, por el que “[...] se refuerza el aspecto jurídico material de los derechos básicos mediante la inclusión de procedimientos muy precisos”.

Perez Luño (2006b, p. 300-301) reconoce la existencia de diferencias importantes entre las libertades y los derechos sociales, lo que no justifica que se olvida la relación de grande complementariedad e interdependencia entre esos derechos y no permite que se niegue la positividad de los derechos sociales y su consecuente régimen jurídico. Para calificar los derechos sociales en los tipos desarrollados por Jellinek, sugiere que deberían ser incluso en lo *status positivus socialis*, pois “Tal *status* es fruto de la creciente intervención del Estado en el terreno económico e social que crea unos derechos, los cuales no pueden ya entenderse como *Staatsstrancken* (límites de la acción estatal), sino como *Staatszwecke* (fines de la acción del Estado).”

Por lo tanto, se puede considerar posible la superación de la indeterminación, que es connatural a las constituciones, por la asociación del pensamiento posibilista a la dimensión procesal de los derechos fundamentales y de los propios derechos sociales, que no excluye la necesidad de garantías jurídicas primarias y secundarias (Ferrajoli, 2002, p. 61-62), mientras requiere el desarrollo del pensamiento jurídico para actualizar la teoría de la constitución y la dogmática constitucional hasta el punto de superar los prejuicios color liberal y permitir una adecuada comprensión de los derechos sociales en los cuadrantes del Estado democrático de derecho.

Luno (2006b, 291-292) pone de manifiesto la perplejidad que causa el hecho de los derechos humanos reconocidos en los textos de mayor jerarquía normativa carezcan de tutela judicial efectiva. Para el positivismo jurídico, los derechos subjetivos, por el contrario a los derechos naturales, serían directamente aplicables y objeto de tutela judicial por las cortes. Por lo tanto, dentro de la matriz positivista que equipara positivación, validez y vigencia, no se explica la peculiar naturaleza de los derechos sociales. La comprensión de ellos como normas meramente programáticas también no es justificable, entendiéndose como “[...] derechos cuya tutela efectiva se reenvía al futuro, y que más que obligaciones jurídicas estrictas enuncian compromisos políticos imprecisos.”

Habría, pues, una paradoja fundamental en la teoría contemporánea de los derechos, puesto que no es razonable y ni justificable la negación de la condición de auténticos derechos a los que son proclamados en los textos constitucionales y, más allá de esto, considerarlos no-justiciables, como lo considera Ferrajoli, *in verbis*:

Ciertamente, la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de *garantías sociales o positivas* adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y justiciabilidad paragonables a las aportadas por las *garantías liberales o negativas* para la tutela de los derechos de libertad.

Por supuesto que no puede sostener, de manera tan amplia y general, la justiciabilidad absoluta de todas las obligaciones que derivan de los derechos fundamentales positivos – y no sólo, sino también de los derechos sociales – puesto que la complementación y la especificación de sus contenidos son operaciones sólo posibles en casos concretos, por lo que no se puede concebir, *a priori*, que estén sometidos al desarrollo legislativo, sin el cual no produzcan ningún efecto o tengan su normatividad perjudicada.

En cuanto a la reserva de lo posible, sostenida y concebida desde el juzgamiento por el Tribunal Constitucional alemán que se hizo conocido como *numerus clausus*, se debe considerar que merece exigir análisis que demandan prudencia y atención a la realidad. Por supuesto, el derecho sólo puede garantizar lo que es posible y viable, lo cual es no inconsistente con el carácter utópico que es inherente a los derechos fundamentales, como ya abordado.

Así Häberle (2003, p. 156) destaca los costos humanos que puedan surgir de una apreciación excesiva de la noción de reserva para, *in verbis*:

Nella necessaria analisi dei costi-benefici, i ‘*costi umani*’ sono spesso sottovalutati; ad esempio, nella tutela dell’ambiente, nella pianificazione

urbanística, nella pianificazione stradale, nella percentuale degli incidenti stradali. Da ciò discende il valore della riflessione che porta ad affermare: nessuna crescita economica a discapito dei diritti fondamentali!

Del mismo modo y de manera muy categórica, Ferrajoli (2007, p. 68) sostiene que crecimiento económico no es igual a desarrollo y que el crecimiento del Producto Interno Bruto no produce, necesariamente, efectos benéficos o redistributivos para los más vulnerables. No es raro que el crecimiento de la riqueza conduzca a la ampliación de la desigualdad social y de la pobreza. De este modo, es preciso considerar que, “[...] se è vero che i diritti fondamentali costano, è anche vero che costano assai più le loro violazioni e le loro inadempienze. È questo un fatto di solito ignorato.”

Es posible concluir, entonces, que los derechos sociales deben gozar del mismo régimen jurídico de las libertades, puesto que tienen la misma naturaleza jurídica y no hay significativas diferencias estructurales que puedan basar una distinción en desfavor de los derechos sociales. No se debe olvidar la necesidad de desarrollar mecanismos específicos que posibiliten el despliegue de su normatividad y su efectividad, insertándolos de manera natural en el contexto de los derechos fundamentales.

En el caso de la Constitución Española de 1978, es posible identificar una bipartición del sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, con un menor grado de protección de los derechos sociales, lo que no impone a la doctrina cualquier grado de inmovilización, haciendo imprescindible la reflexión con el fin de ampliar el alcance y el carácter de protección que el texto constitucional ha instituido, dándole dinámica y tornándole vivo.

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

La Constitución española parece tener adoptado la doctrina de la diferenciación entre los derechos sociales y las libertades, puesto que ni todos los derechos sociales tienen el mismo *status* normativo que ellas.

La Constitución se dedica a disciplinar los derechos fundamentales en su Título I, estableciendo los derechos de nacionalidad en su artículo 11 y los derechos y libertades de primera dimensión en su Capítulo Segundo, desde el artículo 14 hasta el 38. Después sigue el Capítulo Tercero, que trata de los principios rectores de la política social y económica.

El análisis de estos dispositivos constitucionales conduce a la conclusión que hay algunos derechos fundamentales sociales que no están previstos en el Capítulo Tercero, como el trabajo remunerado de los reclusos en el artículo 25, 2, el derecho a la educación en el artículo 27, el derecho a la asociación sindical y el derecho de huelga en el artículo 28, la función social de la propiedad en el artículo 33, y el derecho al trabajo en el artículo 35.

Quedan fuera del Capítulo Segundo los derechos previstos como principios rectores de la política social e económica que son la protección a la familia y a la infancia, la redistribución de renta y el pleno empleo, derechos de seguridad social, derecho a la salud, derecho a la cultura, derecho a la vivienda y derecho a protección de los disminuidos físicamente y de la tercera edad, como a los consumidores.

La importancia de comprender como la Constitución española consagra los derechos sociales es que hay una diferencia cuanto al régimen normativo y a los mecanismos de tutela que son aplicables a los derechos que están en el Capítulo Tercero y los demás, sean o no derechos sociales.

Aunque la mayoría de los derechos que este en el Capítulo Tercero sea sociales, la previsión de derechos sociales como el trabajo y la educación en el Capítulo Segundo indica que la Constitución no adoptó, seguramente, en carácter integral la crítica a los derechos sociales y sus divulgadas insuficiencias.

De facto, el artículo 53 establece lo que sigue:

Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).
2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.
3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Así, segundo el artículo 53, en una interpretación apresurada e superficial, solamente los derechos del Capítulo Segundo vincularían a todos los poderes públicos,

habiendo la referencia de que solo con relación a estos debería la ley respetar el contenido esencial, siendo posible el recurso de inconstitucionalidad.

Por su vez, solamente para las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.^a del Capítulo Segundo es posible su tutela judicial a través del recurso de amparo ordinario y del recurso de amparo constitucional, que se aplica también a la objeción de conciencia.

Ya los derechos constantes de la Constitución en el Capítulo Tercero estarían solamente caracterizados como informadores de la legislación, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos, quedando condicionados al desarrollo legislativo para que puedan ser protegidos judicialmente. Así, se concluye que los derechos del Capítulo Tercero son tratados como se fueran normas programáticas sin carácter vinculante e absolutamente sujetos a la discrecionalidad del legislador, lo que no se puede tener como posible.

Perez Luño (2006b., p. 312-313) identifica los modos por los cuales los derechos sociales son proclamados en la Constitución española, ora como principios programáticos, ora como principios dirigidos sólo al poder público, ora como normas generales a desarrollar por las leyes orgánicas, ora como normas específicas, como las que los consagran en el Capítulo Segundo, constatando la existencia de defectos sistemáticos con especial intensidad que son causa del déficit de normatividad de los derechos sociales.

Lo que parece es que sigue la Constitución, como suele ocurrir hasta hoy, la concepción que niega la posibilidad de tutela judicial efectiva a los derechos sociales, lo que necesita ser superado por la construcción inteligente e culturalmente fundamentada de las normas constitucionales derivadas del texto, siendo importante la afirmación de Ferrajoli (2002, p. 64) – y su estatura normativa – de que, en el plan técnico, no hay nada que desautorice la tutela de los derechos sociales de la misma forma que ocurre con las libertades, considerando que la negación de la justiciabilidad es desmentida por los desarrollos recientes de la doctrina y de las cortes constitucionales.

Con efecto, si la Constitución española reconoce en el artículo 9.2 el deber del poder público de remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la igualdad y de la libertad y a facilitar la participación en la vida política, económica, cultural y social, si reconoce, también, la dignidad de la persona y el pleno desarrollo de su personalidad en el artículo 10 y si hace remisión a la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos y acuerdos

internacionales, no se puede concebir que no produzcan los derechos sociales del Capítulo Tercero efecto vinculante y que no impongan obligaciones al Estado.

Esta conclusión está en conformidad con las consideraciones de Cascajo Castro (2011, p. 34), para quien:

La desafortunada cláusula mencionada no sólo no puede ser utilizada para desentenderse de esta cuestión, sino que por el contrario, actuando a modo de condición espúrea cumplida, reenvía a toda una normativa legal y reglamentaria que compete aplicar e interpretar al juez.

No se puede sostener ya la idea de la constitución como foto fija al margen de la evolución que se ha producido en todos los órdenes y de sus múltiples aperturas a otros 34 ordenamientos jurídicos con los que resulta obligado contar.

Así, sostiene la necesidad de una nueva lectura para los derechos sociales que están en los artículos del Capítulo Tercero.

En este sentido, parece que se debe sustentar la no exclusión de la posibilidad de que los derechos sociales sean deducidos en juicio, aunque no sea posible el recurso de inconstitucionalidad y los recursos de amparo.

De la misma forma, no se puede negar que el legislador esté obligado a respetar no sólo el contenido esencial de los derechos sociales, sin que pueda retroceder el grado de la implementación ya desarrollada, como también que está obligado, en lo que respeta a los deberes positivos y de conformidad con las condiciones económicas y sociales existentes, a no realizar prestaciones insuficientes. Así, está vinculado positiva e negativamente a todos los derechos fundamentales, obligado que se encuentra tanto por la prohibición de exceso, como por la prohibición de protección (BOROWSKY, 2003) y realización insuficiente.

Se impone, aun, destacar que en momentos de crisis económicas, no se puede disminuir la protección social asegurada por los derechos sociales, pues es en esos momentos que el Estado debe intervenir más intensamente en favor de la libertad y de la igualdad.

Para Añon y Roig (2002, 92) “Los derechos fundamentales son así límites y vínculos impuestos a todos los poderes públicos y privados. La cuestión es si los derechos sociales tienen capacidad para ser límites a los poderes económicos o al mercado.” Como los derechos sociales nacen para combatir el poder económico y posibilitar la *démarchandisation*, hay que resistir mismo en contra del intento, referido por Luc Ferry, de mercantilización del mundo por fuerza de la crisis de la economía mundial, que trae especiales preocupaciones en España, como dice Fort.

Independientemente de las garantías que aseguren la justiciabilidad de los derechos sociales, no hace falta llamar la atención para la necesidad de que haga siempre una constante fiscalización y exigencia del pueblo en favor de la debida normatividad y de la consecuente efectividad de los derechos sociales, como dice la parte final de la Constitución francesa de 1795 al asegurar que “El pueblo francés tiene confianza que a la presente Constitución promoverá la fidelidad del Cuerpo Legislativo, del Directorio Ejecutivo, de los administradores, y del Juez, y la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y madres, a los ciudadanos de afecto jóvenes, a la valentía de todos los franceses.” No hay nada más natural para una sociedad abierta de intérpretes, como dijo Häberle (1997), lo que representa la activación de la voluntad de constitución a que hace referencia Hesse (1991).

CONCLUSION

De lo que expuesto se puede concluir que muchas de las objeciones que se hacen en contra los derechos sociales son causadas por comprensiones equivocadas de los mismos o basadas en aspectos ideológicos, pero no jurídicos.

Los derechos sociales no pueden tener un régimen jurídico-constitucional deficiente, debiéndosele asegurarle el mismo *status* normativo de los demás derechos fundamentales, incluso de las libertades, puesto que esas no presentan ninguna diferencia estructural o intrínseca cuanto a los derechos sociales.

Además, es indudable la condición de interdependencia y complementariedad de los derechos sociales con los demás derechos fundamentales, por lo que la disminución del grado de protección de los derechos sociales – negándoseles la justiciabilidad cuando sea posible – afecta directamente los otros derechos fundamentales, incluso las libertades.

Si los problemas sociales no son tan graves en España y en Europa como en otros países, como se ocurre con Brasil, no está lejos la misma dimensión racional, emotiva y utópica que pertenece a todos los derechos fundamentales, lo que exige una implementación siempre progresiva.

Sin embargo, la sumisión de los Estados y la presión derivada de la crisis económica de 2008 y en la actualidad, ampliándose desde la Grecia para otros países y amenazando la España, exige, al contrario de lo que defiende el ideario neoliberal, el

aseguramiento del sistema de protección social erigido hace años, con el reconocimiento cada vez más progresivo, pero no ilusorio, de la justiciabilidad de los derechos a prestación.

Se impone, también y principalmente, construir una protección resistente para los derechos sociales, puesto no ser posible que queden a libre discrecionalidad del gobierno ya que no es raro dejarse al propio mercado la confianza en la redistribución de la riqueza, lo que es lo mismo que dar de espaldas a la mercantilización del mundo, lo que contraria tanto los artículos 1º y 3º de la Constitución brasileña, como el artículo 9.2 de la Constitución española.

Así se persigue la firme utopía de que este derecho llamado constitucional pueda constituir una vida mejor, en que haya tanto iguales libertades, como libres igualdades.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madri: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Derecho y Razón Práctica*. Cidade do México: Fontamara, 2002.

_____. *Tres Escritos de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004a.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004a.

_____. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATRIA, Fernando. *Existem Direitos Sociais*. In.: MELLO, Cláudio Ari. *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-46.

BALDASSARRE, Antonio, *Diritti della Persona e Valori Costituzionali*. Turim: Giappichelli, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Qual Socialismo?* 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

Revista Diálogos Possíveis, Salvador, ano 16, número 1, p 24 - 50 , jan./jun. 2017.

- _____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- _____. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Liberdade e Igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- _____. *O Futuro da Democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000c.
- _____. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007a.
- BÖCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000.
- _____. *Stato, Costituzione, Democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.
- BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public: Les Libertés Publiques. Les Droits Sociaux*. Paris: LGDJ, 1948.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Nacional, 1933.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.
- _____. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitution y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundação Manuel Garcia Pelayo, 2000, p. 217-225.
- _____. Prefácio: Um Filho Enjeitado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001a.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001b.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, [s.d].
- _____. Metodologia ‘Fuzzy’ e ‘Camaleões Normativos’ na Problemática atual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004a, p. 95-114.
- _____. Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004b, p. 35-68.

- CASTEL, Robert. *A Insegurança Social: O que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.
- CASTRO, José Luis Cascajo. *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.
- _____. *Derechos Sociales*. Aceso en 10.06.2011, disponible en: <http://www.acoes.es/congresoIX/documentos/PonenciaDrJLCascajo.pdf>.
- COMMAILLE. Jacques. *Les Nouveaux Enjeux de la Question Sociale*. Paris: Hachette, 1997.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DANTAS. Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153-167.
- _____. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999a.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. A Democracia e os Direitos Fundamentais. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new Political Debate*. Nova Jersey: Princeton University, 2006.
- ESPING-ANDERSEN. Gøsta. *Les Trois Mondes de L'État-providence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- FERRY, Luc. *Diante da Crise*. Rio de Janeiro: Difel, 2010.
- FORT, Daniel Iborra. *Cuándo Saldremos de la Crisis*. s.l., s.d.
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- GURVITCH, Georges. *La Dichiarazione dei Diritti Sociali*. Catanzaro: Rubbettino, 2004.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- _____. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madri: Trotta, 1998.

- _____. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madri: Tecnos, 2000.
- _____. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002
- _____. *Cultura dei Diritti e Diritti della Cultura nello Spazio Costituzionale Europeo*. Milão: Giuffrè, 2003.
- _____. *L'État Constitutionnel*. Paris: Economica, 2004.
- HAYEK, Friedrich. *O Caminho da Servidão*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exercício, 1994.
- _____. *Derecho, Legislación y Libertad*. Madri: Unión Editorial, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.
- IFE, Jim. *Human Rights and Social Work: Towards Rights-Based Practice*. Cambridge: Cambridge University, 2008.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- _____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7. ed. Madri: Tecnos, 2001.
- _____. *Dimensiones de la Igualdad*. Madri: Dykinson, 2005.
- _____. *La positividad de los derechos sociales*. In.; Peña, Lorenzo; Ausín, Txetxu. *Los derechos positivos*. Madri: Plaza y Valdés, 2006a, p. 106-133.
- _____. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra: Aranzadi, 2006b.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los Derechos Sociales: Apuntes políticos y jurídicos*. In.: ZAPATERO, Virgilio; GÓMEZ, Maria Isabel Garrido. *Los Derechos Sociales como una exigencia de justicia*. Madri, Universidad de Alcalá, 2009, p. .
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and Social Class*. Londres: Pluto Press, 1992.
- _____. *Ciudadanía y clase social*. Buenos Ayres: Losada, 2004.
- MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Havard University Press, 2010.

PERSSONS, Torsten *et* TABELLINI, Guido. *The Economic Effects of Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Londres: MIT, 2003.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus Garantías*. Madri: Trotta, 2007.

PISARELLO, Gerardo; Morales, Aniza García; Díaz, Amaya Olivas. *Los Derechos Sociales como Derechos Justiciables: potencialidades y límites*. Albacete: Bomarzo, 2009.

ROIG, María José Añon; AÑON, José García. *Lecciones de Derechos Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RITTER, Gerhard A. *El Estado Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madri: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

SQUELLA, Agustín; CALERA, Nicolás López. *Derechos Humanos: invento o descubrimiento*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

VARGAS, Carlos Karim Zazueta. *Clarification or dilution: How does the concept of 'priority standard' in interpreting economic, social and cultural rights relate to the indivisibility of all human rights?* Aceso en 10.8.2011. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/10/187.pdf>

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madri: Dykinson, 1998.

_____. *Teoría General de las Relaciones Constitucionales*. Madri: Dykinson, 2000.

_____. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, v. 1.

_____. *Ciência e Política: Duas Vocações*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madri: Trotta, 2002.

Revista Diálogos Possíveis, Salvador, ano 16, número 1, p 24 - 50 , jan./jun. 2017.

_____. *Historia y Constitución*. Madri: Trotta, 2005.

Revista Diálogos Possíveis, Salvador, ano 16, número 1, p 24 - 50 , jan./jun. 2017.