

## Nota Preliminar

Hace ahora doscientos años, el constituyente de Cádiz afirmaba que «El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen» (art. 13) y poco antes (1780), en el momento fundacional del constitucionalismo, al otro lado del Atlántico, decía MADISON que «el verdadero bienestar de la gran masa del pueblo es el supremo fin que debe perseguirse y que ninguna forma de gobierno, sea cual fuere, tiene valor sino en cuanto se adapte a la consecución de este fin». Como es sabido, la Constitución de los Estados Unidos no llegó a incluir (y sigue sin hacerlo) un catálogo de derechos sociales pero eso no fue óbice para que, como recuerda SUNSTEIN, éstos fueran reconocidos, por vía de conexión con otros derechos, en los mejores momentos de la Historia constitucional de ese país. Como se expondrá en el capítulo II, ésta es hoy la tendencia general, bien ejemplificada, últimamente, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, frente a nuestro más reticente Tribunal Constitucional. Al final, como apuntábamos en nuestro primer libro (1993), con apoyo en HELLER, las razones morales (y no la lectura aislada de un desafortunado precepto) son siempre las decisivas y, como mostraremos en los capítulos III y IV, parece haber acuerdo en la Filosofía política contemporánea (por todos, SEN), fundada en los valores (también constitucionales) de dignidad y libertad (reales y efectivas), que moralmente tan importantes son los derechos sociales como los demás.

Asumiendo una importante tradición, no mayoritaria en Estados Unidos pero bien presente, por ejemplo, en el clásico constitucionalismo francés\* y en el socialismo democrático (constitucionalizado en 1931 y hecho suyo por

---

\* La Editorial que nos acoge acaba de publicar, con cuidada presentación de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, un opúsculo anónimo, impreso en 1797, titulado *Derechos del hombre y del ciudadano con varias máximas republicanas y un discurso preliminar dirigido a los americanos*, donde se incluye la primera traducción al castellano de la Declaración francesa de 1793: su lectura pone a las claras que los derechos sociales no son una construcción reciente o parcial sino que pertenecen a la esencia misma del constitucionalismo originario, al menos en Europa.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

la concepción originaria del Estado social), el constituyente español de 1978, con buen criterio, pretendió «promover el bien» de los integrantes de la nación española y un «orden económico y social justo», así como «asegurar a todos una digna calidad de vida», y a tal fin reconoció un amplio catálogo de derechos sociales y simultánea y complementariamente abrió el camino para la superación de las discriminaciones contra los colectivos en situación de vulnerabilidad. La intención del constituyente de orientar la política hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la persona era clara y firme (relean si no el art. 9.2), un elemento esencial del consenso de aquel entonces.

Sin embargo, treinta y tres años después el estudio de los derechos sociales (o quizás más bien su comprensión como materia constitucional) permanece prácticamente inédito entre nosotros, en parte con la excusa de una apresurada lectura del artículo 53.3 de nuestra Constitución. Pese a algunos brotes verdes en sentido contrario, la consulta de los programas de la asignatura Derecho constitucional impartida en nuestras Facultades de Derecho y de los correspondientes manuales ofrece un resultado desolador: los derechos sociales (educación, trabajo, Seguridad Social, salud, vivienda y cultura), ampliamente regulados como derechos (al menos, según la interpretación literal) en la norma fundamental, apenas aparecen y, cuando lo hacen, figuran diluidos en un apartado, escasamente importante en el contexto general de la asignatura, sobre los «principios rectores de la política social y económica». Existe sin duda una relación entre desatención política y judicial y desatención dogmática hacia uno de los componentes esenciales del pacto constituyente. La laguna científica (la que aquí interesa destacar) es grave, pues a los futuros juristas se les acaba ofreciendo la imagen de un Derecho constitucional centrado en el análisis del poder y de una parte de los derechos (los derechos liberales), cuando lo que seguramente más interesa a los ciudadanos es su bienestar material. En cierto modo, también se hace política desde la academia y un Derecho constitucional construido al margen de los intereses de los ciudadanos dificulta enormemente la consecución del objetivo principal de toda Constitución (HESSE): la integración sociopolítica, la creencia de los ciudadanos en la legitimidad del poder. Ninguna duda cabe de que un poder que no otorga bienestar a los ciudadanos tiene serios problemas de legitimidad. Alguna de las causas, ideológicas y sociológicas, de la aludida laguna dogmática se exponen en el capítulo I, pero no es éste el momento de mirar al pasado sino al futuro, reivindicando algo tan simple como el programa normativo de 1978, pese a la siempre borrosa línea (uno de los quebraderos de cabeza de los autores de la presente obra) entre lo constitucionalmente exigido (el mal llamado contenido mínimo de los derechos sociales) y lo constitucionalmente deseable.

Aunque los presupuestos metodológicos de esta obra también se exponen (resumiéndose en siete máximas) en el capítulo I, conviene adelantar algunas ideas esenciales. Partimos de un convencimiento fundamental: la ciencia del Derecho (permítasenos la licencia de llamarla así, no es éste el momento de tratar la espinosa cuestión del estatuto epistemológico de la dogmática) puede progresar y este progreso sólo puede lograrse construyendo (tras la parcial renuncia de nuestra doctrina a tratar de los derechos sociales se encuentra seguramente la dificultad de los juristas de construir –así, ZAGREBELSKY–), de manera colectiva (esta obra lo es, en el estricto sentido del término) y en diálogo crítico con la doctrina (y jurisprudencia) anterior (española y extranjera), *haciendo* dogmática. Algunos lectores del manuscrito se han sorprendido del tono excesivamente crítico (inusual entre nosotros) de algunas páginas, pero lo creímos imprescindible: pedimos disculpas a los colegas que puedan sentirse molestados y nos defendemos diciéndoles que si hemos contestado sus tesis fue porque nos parecieron de altura. El jurista no debe renunciar a su vocación intelectual, esto es, crítica, y el Derecho positivo bien lo admite, pues como también mostró ZAGREBELSKY, el ordenamiento es, hasta cierto punto (matizaríamos), dúctil, y más todavía lo admite el ideal al que sirve, que es la justicia (incluyendo, naturalmente, la justicia social), ahora constitucionalizada (art. 1.1). Desde luego, como señala POSTMAN, con cita de HUXLEY, «todos somos grandes abreviadores, es decir, ninguno de nosotros tiene el entendimiento suficiente para conocer toda la verdad ni la oportunidad para explicarla ni (aun si creyéramos que la poseíamos) una audiencia tan crédula como para aceptarla». Ojalá esta obra pueda ser también objeto de crítica, pues eso significaría que tiene algún valor.

Nuestra actividad no consiste sólo en contar cosas (tarea descriptiva) de una manera ordenada (tarea sistemática) o en proponer atribuciones de significado a los textos jurídicos (tarea interpretativa) sino también y sobre todo en construir categorías orientadoras y explicativas, tarea esta última a la que sólo puede llegarse desde una teoría de la Constitución, en término que ha hecho fortuna, «constitucionalmente adecuada». A nuestro juicio, el progreso de la dogmática constitucional tiene que lograrse, sobre todo, por tres vías esenciales complementarias, que hemos intentado transitar en esta obra: la conexión entre parte general (quizás todavía no teoría) y parte especial (esto es fundamental, y el Derecho constitucional está todavía muy lejos, p. ej., de los avances al respecto del Derecho civil y penal), el análisis constitucional (crítico) del legislador (lo específico del punto de vista constitucional, frente al positivismo legalista dominante en otras ramas del Derecho) y la atención a la realidad social, buscando soluciones (orientando a la clase polí-

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

tica y a los tribunales) a los problemas que en cada momento histórico preocupan a los ciudadanos.

No nos engañemos ni pretendamos engañar. Frente al «mito tecnocrático de la jurídica neutralidad» (Elías DÍAZ), todo estudio de dogmática constitucional tiene unos presupuestos y consideramos que la honestidad académica exige explicitarlos (así, en los capítulos III y IV). Otro de los motivos del escaso desarrollo entre nosotros de la dogmática de los derechos sociales es el fuerte condicionante de una serie de prejuicios, que suelen jugar en contra de su plena aceptación como derechos. En no pocas ocasiones, el tratadista queda tan exhausto de defenderse de tales críticas que no le restan fuerzas para construir una dogmática de los derechos propiamente dicha (lo que intentamos en el capítulo IV). Por ello, previamente (capítulo III), despejamos el camino, demostrando, en síntesis, que los derechos sociales (y su marco fundamental, el Estado social) no sólo no contradicen sino que complementan y refuerzan los demás elementos centrales de nuestra estructura constitucional: sobre todo, como ya apuntábamos, los principios de dignidad y libertad, pero también el Estado de Derecho, la democracia y, por qué no decirlo, la economía de mercado, rectamente entendida en su contexto.

Nuestra partitura no gustará ni a los acomodaticios juristas del sistema («todo va bien») ni a los apocalípticos juristas anti-sistema («el Derecho, y en especial el derecho subjetivo, no ayuda e incluso dificulta la transformación social»). Nos sentimos más cómodos con JUDT («algo –es decir, no todo– va mal») e incluso llegamos a defender que el Estado social funciona razonablemente bien en nuestro país, al menos en comparación con la democracia y el Estado de Derecho, pero que es mejorable y que para esa mejora el instrumento más adecuado no es otro que el Derecho mismo. Los autores de la obra no representan un movimiento ideológico determinado (cuenta DAHRENDORF que acabó huyendo del famoso Instituto donde se fraguó la escuela de Frankfurt por su autoritarismo académico, y no queremos que nadie huya) pero sí comparten una línea de pensamiento más o menos homogénea, con un cierto tono generacional (la mayor parte hemos nacido entre 1960 y 1975), que no propugna un cambio de paradigma (ni siquiera una reforma constitucional) pero que quizás se enfrenta, en parte, a la dogmática aún dominante (aunque cada vez menos) en España. La ideología que compartimos no es otra que la del constituyente de 1978. No deja de resultar curioso que reivindicar los valores de entonces resulte hoy algo extraño: la inercia de las ideas preconcebidas (la omnipotencia del legislador en materia social o la reserva de lo económicamente posible, entre otras) es tan fuerte que tomarse la Constitución (toda ella) en serio parece casi «sospechoso, [quizás] el destino inevitable del hombre de ciencia dedicado a temas sociales» (FRAGA, 1973). A nuestro entender,

no es necesario reivindicar una nueva cultura de los derechos, como a veces se demanda desde una izquierda pretendidamente innovadora: todo está dicho ya en el texto de 1978, y aun antes, en 1966 e incluso en 1948, cuando las Naciones Unidas reconocieron al mismo nivel los derechos sociales y los derechos liberales. No hay que reformar los textos, sino otorgar el mismo peso a los valores que los textos reconocen, no hay que propugnar la transformación de las conciencias sino sencillamente aplicar la Constitución vigente. En definitiva, esta obra pretende transitar el camino propuesto por BOBBIO en 1976, con cita de SPINOZA, rechazando las construcciones quiméricas, sólo realizables en el reino de la utopía, pero también la apología de lo existente; utilizando la atractiva propuesta del novelista Houellebecq, no somos ni revolucionarios ni profetas sino, en su caso, precursores, esto es, no pretendemos «imprimir una nueva dirección a los acontecimientos» sino servir de «acelerador histórico» de una tendencia, en nuestro caso, del pensamiento jurídico (la que concibe los derechos sociales como auténticos derechos), adelantada con rigor desde fines del pasado siglo por algunos autores de origen latinoamericano (especialmente, ABRAMOVICH y COURTIS), que por cierto nos acompañan en esta misma obra.

La igualdad material o del punto de llegada, reivindicada (no se olvide) por el socialismo real y erróneamente propuesta como fundamento de los derechos sociales, no puede jurídicamente imponerse (y es muy dudoso que la Constitución la permitiera: una sociedad bien ordenada reclama un margen a la autonomía de las personas y la retribución del mérito, principios ambos incompatibles con el socialismo real) pero los documentos internacionales y la Constitución sí parecen exigir la igual satisfacción de las necesidades básicas, un mínimo contenido de los derechos sociales, y aquí todavía, dogmáticamente, ni siquiera hemos llegado. No se defienden en esta obra ni el liberalismo extremo ni el socialismo igualitario, por la sencilla razón de que ninguno de ellos cabe en la Constitución. El socialismo democrático (desde cualquiera de sus dos principales versiones, la socialdemocracia y el llamado socialismo liberal) no es una alternativa a la Constitución sino que está presente en la Constitución misma. La palabra todavía asusta, pero como ya demostró BALDASSARRE (y ha recordado recientemente JUDT), la derecha europea ha asumido sus postulados esenciales, como parte del pacto constituyente que son.

Restan algunas reflexiones más pedestres, pero igualmente necesarias, sobre la artesanía de este libro. También desde este punto de vista la obra tiene, creemos, bastante de original. No es ésta la ocasión de lamentarse sobre el actual momento de nuestra Universidad (en caída libre, salvo que los nuevos gobernantes pongan pronto fin a los desmanes), que indudablemente condiciona (negativamente) proyectos como éste; otros lo han hecho con singular acierto, y a ellos nos remitimos. El desprecio a los profesores causa más daño a

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

la ciencia que los recortes presupuestarios. Desde luego, la versión a la española del llamado proceso de Bolonia («Europa como excusa», nuevamente Elías DÍAZ) no ayuda mucho al progreso del conocimiento y menos aún los oscuros y poco racionales criterios (si es que los hay) y procedimientos de evaluación de nuestra actividad: de habernos plegado a ellos nunca habiéramos escrito este libro. También hemos luchado contra el tan denostado individualismo español (en el conocido ensayo de FORD de 1845, considerado por GIBSON el «más importante escrito nunca sobre España por un extranjero», aquél señaló, como la característica principal de nuestro pueblo, su «tendencia anti amalgadora», su rechazo a unir fuerzas para un propósito común) y contra el también hispánico adanismo («hábito de comenzar una actividad cualquiera como si nadie la hubiera ejercitado anteriormente», según la RAE), practicando una forma de trabajar tan escasa como necesaria. Por el contrario, nos hemos beneficiado (no todo es negativo en el nuevo modelo universitario español) de la flexibilización de las jerarquías académicas y de la consiguiente apertura de los grupos de investigación, que han rebajado en mucho la tradicional dificultad de aunar esfuerzos desde diferentes «escuelas».

Hemos realizado también un esfuerzo de diálogo entre juristas de diversas áreas de conocimiento, combatiendo la habitual resistencia (también, nuevamente, peculiar de nuestro país) de los constitucionalistas a bajar al Derecho infraconstitucional y de los demás juristas a enjuiciar las leyes y reglamentos desde la perspectiva constitucional. Como decíamos, el positivismo legalista está todavía más vivo de lo que parece entre nosotros, y si nos tomamos en serio la Constitución resulta necesario atemperarlo en algún modo.

Apenas existe tradición en nuestro país de reconstrucción global y colectiva, más allá de la glosa jurisprudencial o de la exégesis legal, de un amplio sector de nuestro ordenamiento constitucional. Desde un comienzo, la obra (originalmente pensada para un objetivo más modesto, completar los materiales docentes del Máster que desde hace varios años dirigimos sobre «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica») se diseñó conforme a un amplio plan de actuación, con detallados índice y metodología. Como Director, hemos discutido con los otros treinta y tres autores las primeras versiones de sus contribuciones, sugiriendo sobre todas ellas numerosas alteraciones, normalmente significativas. La mayor parte aceptaron bastantes de nuestras propuestas, lo que ha conducido a un resultado final, creemos, bastante coherente, al menos en el uso de las categorías. Una cierta disparidad ideológica entre los autores, como decíamos, nos parece saludable.

Siguiendo con alguna libertad a HECLÓ, hay dos tipos de profesionales: los preocupados por acumular papeles (los certificados de viajes, cargos y proyectos científicamente irrelevantes pero al parecer bien valorados –¡más que los

libros!– por nuestros anónimos evaluadores) y los que «piensan institucionalmente», aportando su grano de arena al progreso colectivo, lo que exige vocación y generosidad. Si esta obra ha logrado contribuir en algo a ese progreso, se debe sin duda a que sus autores han demostrado ambas cualidades. A todos ellos, nuestro agradecimiento por su paciencia y dedicación.

Una reflexión final sobre el momento en que se publican estas páginas (el libro se cierra con la IX Legislatura y la convocatoria de elecciones generales), entre dos Gobiernos. Comenzamos a trabajar antes de la crisis y cerramos la obra con ella, cuando el desempleo y la pobreza alcanzan niveles moral y políticamente inaceptables en nuestro país. Para un jurista que realmente lo sea, lo que es moral y políticamente inaceptable no puede ser jurídicamente aceptable. De la crisis sólo hablamos expresamente en una ocasión (capítulo III), aunque el tema está implícito en toda la obra. Esta parcial omisión resulta significativa: si los derechos sociales son fundamentales, siguen siéndolo con la crisis. No cabe aquí mutación constitucional sino defensa (nuevamente) del Estado social, como baluarte frente a los retrocesos más flagrantes, cuestión ésta sí, abordada con detalle (aunque todavía en un plano general) en nuestro capítulo IV. Esperemos que la obra pueda arrojar alguna luz a los futuros gobernantes y que aporte argumentos útiles frente a los recortes (seguramente uno de los temas estrella del inmediato momento constitucional) que al parecer se avecinan.

Por último, agradecemos a las instituciones colaboradoras (sendos proyectos financiados por la AECID y por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nos permitieron reunir en cuatro ocasiones a parte de los autores) y, con sincero afecto, a cuantos nos han apoyado, especialmente a quienes han leído (y criticado) partes del manuscrito (sus nombres figuran en la nota al pie que acompaña a algunos capítulos), al centenar largo de colegas que han colaborado (algunos desde 2001) o colaboran (muchos de ellos presentes también en esta obra) en la apasionante aventura del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica, así como, por su generosidad, en un momento difícil de nuestra carrera, a los profesores Francisco BASTIDA, Roberto BLANCO, Raúl CANOSA, José Luis CASCAJO, Marc CARRILLO, Fernando REY, Pablo SANTOLAYA, Antonio TORRES, Manuel TEROL y Eduardo VÍRGALA.

Guillermo Escobar

Madrid, diciembre de 2011