

## Capítulo I

# Introducción

### 1. OBJETO Y MÉTODO\*

#### 1.1. APROXIMACIÓN PRELIMINAR AL OBJETO DE ESTUDIO

Para comenzar, se hace preciso justificar la existencia de un objeto de estudio autónomo, de una parcela de la realidad relativamente homogénea, merecedora de un análisis independiente. En primer lugar, «derechos sociales» o, con mayor exactitud, derechos fundamentales sociales de prestación, que es el tema de la primera parte de esta obra, como más detalle se precisará (*infra*, III, 1.2 y IV, 2). Existe una reciente corriente doctrinal, que en líneas esenciales suscribimos, que viene a sostener que los derechos sociales no son sustancialmente diferentes a los demás derechos (a los que llamaremos, para abreviar y destacar mejor el contraste, derechos liberales), tesis que podría convertir en desafortunado un estudio separado de aquéllos. Además, desde el Derecho positivo español (punto de vista que será el adoptado en esta obra), los derechos sociales no conforman, al menos expresa y formalmente, un bloque determinado de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE o la Constitución): aunque todos son «derechos fundamentales» (título I), algunos se consideran «derechos fundamentales y libertades públicas» (la educación), otros «derechos y deberes de los ciudadanos» (el trabajo) y otros «principios rectores de la política social y económica» (la Seguridad Social, la salud, la cultura y la vivienda). Sin embargo, desde siempre y claramente al menos desde 1966 (cuando en Naciones Unidas se decidió regular en textos separados los derechos civiles y políticos –en nuestra terminología, derechos liberales–, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales –en nuestra terminología, derechos sociales– por otro) la dogmática ha

---

\* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

realizado un estudio independiente de los derechos sociales, y por algo será. Sin duda, todos ellos comparten un cierto «aire de familia», que se resume en tres características comunes: un origen histórico y sobre todo ideológico diferente al propio de los derechos liberales, una estructura característica básicamente prestacional y una dificultad persistente de ser aceptados, por la doctrina y jurisprudencia dominantes, como derechos tan importantes como los derechos liberales, seguramente por lo que implican de límite a una concepción expansiva de la economía de mercado.

Si queremos mantener una mínima homogeneidad del objeto de estudio (esencial para la construcción de una dogmática general, como la que desarrollamos en el capítulo IV) hemos de dejar fuera dos derechos habitualmente llamados «sociales» que no responden en su estructura básica o característica a los elementos propios de los derechos de prestación: la libertad sindical y la huelga.

¿Cuáles son entonces los derechos sociales? En un estudio de esta índole (jurídico, como se verá) ha de partirse, obviamente, de las clasificaciones de los derechos presentes en el Derecho positivo. La Constitución no ayuda mucho a ello: desde el comienzo la crítica a la clasificación de los derechos del constituyente fue unánime y no conviene reiterar en la dogmática el error del constituyente. Sin embargo, existe otro texto más claro, vigente en España y de mayor proyección (aunque la dogmática es «ciencia nacional», no debería caer en el «provincianismo»), que nos ofrece la pista fundamental a seguir: derechos sociales son los incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante, PIDESC), el cual, por cierto, no amplía el catálogo ya presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH) y que responden a la estructura de los derechos de prestación, que son formulados en el propio Pacto como derechos y que son además reconocidos en la CE, esto es, por el orden del propio PIDESC: derecho al trabajo y al trabajo en unas determinadas condiciones, para abreviar, derecho al trabajo digno (arts. 6 y 7 PIDESC y 35.1 CE), derecho a la Seguridad Social (arts. 9 PIDESC y 41 CE<sup>1</sup>), derecho a la vivienda (arts. 11.1 PIDESC<sup>2</sup> y 47 CE), derecho a la salud (arts. 12 PIDESC y 43.1 CE), derecho a la educación (arts. 13<sup>3</sup> y 14 PIDESC y 27 CE) y derecho a la cultura (arts. 15.1 PIDESC<sup>4</sup> y 44.1 CE). El artículo

1. El art. 41 CE no reconoce expresamente un derecho a la Seguridad Social sino un mandato a los poderes públicos de mantenerla. Sin embargo, como veremos (*infra*, III, 1.3) mediante la interpretación puede llegar a concluirse la existencia de un derecho.
2. El art. 11 PIDESC reconoce otros derechos pero que carecen de paralelo en la CE.
3. El art. 13.3 y 4 PIDESC reconoce derechos educativos no prestacionales, que no serán abordados en la presente obra.
4. El art. 15 PIDESC reconoce también derechos culturales no prestacionales, que no serán abordados en la presente obra.

---

## Capítulo I. Introducción

10 PIDESC merece una mención especial: en sus tres párrafos impone, respectivamente, obligaciones de actuación a los Estados Partes en materia de familia, maternidad y niñez (y en similares términos, paralelamente, el art. 39 CE), pero sin el reconocimiento expreso de derechos. Por tanto, al menos de momento, estas obligaciones de protección no configuran derechos sociales.

Al listado de seis derechos sociales comunes al PIDESC y a la CE añadimos otros tres, lo que exige una justificación especial (*infra*, IV, 1, y los capítulos adonde allí se remite): el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a los servicios sociales y el derecho al mínimo vital.

Un tema próximo al de los derechos sociales pero relativamente independiente de él (de ahí la dualidad de conceptos –separados por la conjunción «y»– presente en el título de la obra) es el de la tutela antidiscriminatoria; como acabamos de ver, el propio PIDESC añade al catálogo de derechos algunos mandatos de protección no articulados expresamente en forma de derechos. La elección del título de la tercera parte de la obra no resultó fácil y optamos por escoger el menos malo. Los otros términos que suelen emplearse para denominar a este sector de la realidad, «derechos de los grupos» o «protección de colectivos desaventajados» nos parecían menos afortunados. Como se demostrará cuando proceda (*infra*, III, 1.2 y IV, 5.1.1), los derechos son, sobre todo, de las personas individuales. Por otro lado, el término desaventajado, que hace referencia a una realidad sociológica, no siempre encaja bien con la situación real de la sociedad actual. Sin embargo, en todos los casos, el ordenamiento incluye mandatos de actuación que, de un modo u otro, tienen por finalidad (no única pero sí principal) contribuir a paliar la desigualdad real de un grupo de personas, más o menos amplio y determinado, y si esto es así es porque existe una cierta discriminación (*normalmente* fáctica y no jurídica) contra dicho grupo. Los grupos escogidos (la nómina sin duda podría ampliarse) fueron siete: niños y adolescentes, mujeres, personas mayores, inmigrantes, emigrantes, homosexuales y gitanos. La CE establece expresas obligaciones de protección sólo en algunos casos pero estamos convencidos que si hoy la Constitución volviera a escribirse se referiría también a los grupos entonces olvidados. En todo caso, para todos los grupos existen obligaciones positivas de actuación legalmente establecidas, y cuando el legislador las establece, suele señalar que cumple obligaciones constitucionales implícitas, conclusión ésta a la que puede llegarse mediante la interpretación jurídica.

Reconocemos, en todo caso, que la división radical (radical sólo por la separación formal entre las partes II y III de la obra) entre derechos sociales y tutela antidiscriminatoria es convencional e histórica. Todos los derechos

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

sociales incluyen un mandato implícito de tutela antidiscriminatoria y dicha tutela es frecuentemente articulada en forma de derechos subjetivos (*infra*, III, 2.3.8), aunque todavía sin llegar a configurar, de manera expresa, derechos fundamentales. Se trata seguramente de una coyuntura concreta, pues la tendencia parece ser la configuración de mandatos de tutela antidiscriminatoria como derechos fundamentales<sup>5</sup>. Sea como fuere, a efectos prácticos, la separación tampoco es tajante hoy: si por la existencia de mandatos constitucionales expuestos o por la deducción de los mismos mediante la interpretación se considera que las obligaciones legales de protección tienen naturaleza constitucional, el nivel de garantía al que finalmente se llega puede ser similar al propio de los derechos fundamentales. La técnica del derecho subjetivo (presente, por definición, en los derechos sociales) es una más (como veremos, no siempre la más adecuada) entre las posibles y los intereses subyacentes pueden quedar bien protegidos sin necesidad de acudir a dicha técnica.

Los derechos sociales y la tutela antidiscriminatoria pueden ser estudiados desde diversas perspectivas (sobre todo cinco: histórica, filosófica, política, sociológica y jurídica), todas ellas complementarias. No pretendemos sin embargo un análisis netamente interdisciplinar de ambas materias sino centrado en una de ellas, la jurídica. En el apartado siguiente precisaremos algo más sobre la necesidad de conectar las distintas perspectivas de estudio de una misma materia.

### 1.2. RETOS DOGMÁTICOS DE LA PRESENTE OBRA

En ocasiones anteriores hemos intentado describir con algún detalle la situación actual de la dogmática constitucional y de la dogmática de los derechos en particular, así como sus perspectivas de futuro, y a esos trabajos remitimos<sup>6</sup>. En síntesis, y centrándonos en las consideraciones atinentes a nuestro objeto de estudio, consideramos que una dogmática adecuada de los derechos sociales, que implicara un progreso en su conocimiento científico (la ciencia del Derecho también puede –y a nuestro juicio debe– evolucionar), debería adoptar las siguientes pautas metodológicas, que obviamente

- 
5. El documento más importante de la última década, la CDF, ya apunta en esta dirección; véanse si no los arts. 24 («derechos del niño») y 25 («derechos de las personas mayores»), que cuentan con sus paralelos, respectivamente, en los arts. 39.2 a 4 y 50 CE. A nivel universal, el último documento relevante en materia de derechos humanos es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, texto que, superando documentos anteriores sobre la misma materia, incorpora plenamente la perspectiva de derechos: véase, p. ej., el art. 19 CDPC (entre otros muchos del mismo texto), que cuenta con el paralelo del art. 49 CE.
  6. Sobre todo, ESCOBAR ROCA, en prensa.

---

## Capítulo I. Introducción

hemos intentado seguir en esta obra, y en especial en los capítulos de los que somos directamente responsables:

- a) Hay que construir, «hacer doctrina»<sup>7</sup>, sin temor a ser originales y sin apoyarse *sólo* en la jurisprudencia (la dogmática la hacen los profesores, no los jueces<sup>8</sup>), evitando caer en el «positivismo jurisprudencial»<sup>9</sup>: obviamente, han de tenerse en cuenta, al menos, las sentencias del Tribunal Constitucional (pues en nuestro sistema son fuente de Derecho, arts. 164 CE y 5.1 LOPJ), pero estas resoluciones judiciales, como las demás, deben ser analizadas críticamente.

No conviene, sin embargo, «inventar» demasiado. Si es posible, resulta preferible utilizar los conceptos y técnicas conocidas y aplicarlas a los derechos sociales, con las modulaciones en su caso necesarias<sup>10</sup>. En el mundo del Derecho raramente una concepción original va a ser aceptada y seguramente resulte sea más realista apostar por una cierta construcción democrática (o al menos colectiva<sup>11</sup>) de la dog-

- 
7. No resistimos la cita de este fragmento de uno de los más importantes constitucionalistas vivos: «El actual derecho constitucional [nuestro autor se refiere a la dogmática constitucional] ha renunciado visiblemente a sus principales tareas. En vez de intentar síntesis histórico-culturales de la época constitucional presente, como base de elaboraciones abiertas al porvenir, su máxima aspiración es proponerse como prontuario de soluciones inevitablemente dirigidas al pasado. Así, el derecho constitucional termina por configurarse como una continua búsqueda de medios de emergencia, perennemente retardataria y necesariamente instrumentalizada e instrumentalizada en sentido político. De este modo, el derecho constitucional se contenta continuamente con ser un subproducto de la historia y de la política, en vez de intentar convertirse al menos en una fuerza autónomamente constitutiva tanto de una como de otra» (ZAGREBELSKY, 2005, pp. 27-28).
  8. «Los jueces no son profesores de Derecho», POSNER, 2011, pp. 229-258.
  9. Entre nosotros, DE VEGA, 1998, pp. 65 y ss. Buena parte de los estudios sobre derechos fundamentales en España se reducen a una exposición más o menos ordenada de la jurisprudencia, a veces con tangenciales apreciaciones críticas. Sobre la utilidad pero también límites de la jurisprudencia para la dogmática, precisamente en el ámbito que aquí interesa, asumimos el planteamiento de ABRAMOVICH y COURTIS (2002, pp. 119-120), así como el de UPRIMNY y GUARNIZO (2007, p. 2), que citan a su vez a McCORMICK.
  10. Entre los más recientes estudiosos de los derechos sociales son frecuentes las apelaciones a la necesidad de renovación dogmática; p. ej., SASTRE ARIZA, 2001, pp. 254-255 o COURTIS, 2007, pp. 185 y ss. y, con carácter más general, FERRAJOLI, 1999, esp. pp. 28-34. Estamos de acuerdo con estos autores (y de hecho, hemos tenido en cuenta sus sugerencias) pero hasta cierto punto.
  11. Sólo puede llegarse a resultados satisfactorios a medio plazo si se trabaja de forma colectiva, y por ello esta obra fue concebida desde un inicio como estrictamente colectiva, no como una mera suma de artículos inconexos. Ciertamente, no fue fácil, más en los tiempos que corren, cuando los «criterios de calidad» de acreditaciones y evaluaciones valoran más las investigaciones individuales en «revistas indexadas» que las investigaciones colectivas publicadas en forma de libro.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

mática, que dialogue de manera crítica con las aportaciones doctrinales anteriores<sup>12</sup> y (cada vez más) con el Derecho comparado e internacional<sup>13</sup>. Si se trata de convencer (la dogmática tiene también una función persuasiva) hay que hacerlo poco a poco: la dogmática puede evolucionar pero no transformarse radicalmente y no creemos factible una revolución copernicana en nuestro ámbito científico<sup>14</sup>. Por ello, en línea de principio y a menos que el texto lo impida<sup>15</sup>, debería intentarse aplicar el modelo dogmático *clásico* de los derechos fundamentales a los derechos sociales<sup>16</sup>.

- b) Hay que ser útiles (los operadores jurídicos y la sociedad quieren respuestas a sus problemas). Teoría y práctica son inescindibles en el mundo del Derecho<sup>17</sup>. Resulta entonces necesario conocer los problemas actuales relativos a los derechos sociales y ordenar la argumentación con miras a solucionarlos: el «jurista de la torre de marfil», que sólo escribe para sí mismo o para lucirse ante sus colegas es social y moralmente inaceptable.

- 
12. El lector de los capítulos de los que somos directamente responsables puede sorprenderse por el tono quizás ácido de nuestras críticas a los autores cuyas tesis no compartimos. Si es así, pedimos disculpas de antemano. La referencia a estos autores ha de entenderse como un reconocimiento de su trabajo (no exponemos las tesis que consideramos peor argumentadas) y si el tono sorprende a algunos es por contraste con la (a nuestro juicio) excesiva asepsia (un mal entendido temor a no molestar) dominante en el ámbito académico español. Si la dogmática puede progresar, no vemos otro modo de lograrlo que criticando a los autores con los que discrepamos y cuya valía en todo caso reconocemos.
13. De ahí la pertinencia, entre otros, del capítulo II, del largo *excursus* de Derecho internacional que figura en el apartado 4.3.2 del capítulo IV y de las múltiples referencias al Derecho internacional en todos los capítulos de las partes II y III de esta obra.
14. Como se verá, a lo largo de esta obra hemos evitado también caer en concepciones maximalistas, utópicas e incluso apocalípticas (que también las hay, incluso entre los juristas) del Estado social y de los derechos sociales.
15. En España es recurrente la cita del art. 53.3 CE. Como demostraremos (*infra*, III, 1.2), cabe una interpretación del precepto que no impide considerar como fundamentales los derechos sociales del capítulo III del título I.
16. El mejor intento de inserción de los derechos sociales en el sistema de derechos fundamentales es seguramente el de ALEXY (1993, pp. 482-501), que ya intentamos seguir en ESCOBAR ROCA (2005, pp. 58-62). Volvemos sobre el tema, entre otros momentos, en *infra*, IV, 6.
17. Al menos desde KANT (1986, esp. pp. 25 y ss.) no se discute que una práctica sin teoría está condenada a caminar a ciegas. Nuestra preocupación es más bien la contraria, que nosotros, los supuestos teóricos (al menos así califican con frecuencia a los profesores los juristas prácticos), construyamos una dogmática desvinculada de los problemas reales y por tanto inútil. En otro trabajo (ESCOBAR ROCA, en prensa), al que remitimos, nos hemos detenido con mayor detalle en esta cuestión.

c) Ésta es una obra de dogmática jurídica, es decir, tiene por misión explicar y comprender el Derecho positivo, y para ello se sirve de los métodos habitualmente utilizados por la dogmática, a saber, la descripción, la sistematización, la conceptualización, la interpretación y en su caso la crítica de las normas jurídicas vigentes. La dogmática es una ciencia única (en rigor no hay una ciencia del Derecho penal o una ciencia del Derecho financiero) y ésta es una obra de Derecho, no de Derecho constitucional. Ahora bien, es precisamente nuestro Derecho positivo el que obliga a tomar primeramente en cuenta y de forma especial (no es «un Derecho como los demás») al Derecho constitucional<sup>18</sup>. A nuestro juicio, el positivismo es irrenunciable en su esencia (en la medida en que considera que conceptualmente sólo es Derecho el Derecho positivo) pero la entrada en vigor de la Constitución (desde hace ya 33 años, pero sigue siendo necesario recordarlo) impone una forma de hacer dogmática (también de hacer interpretación, *infra*, IV, 4.3.3) sensiblemente diferente a la tradicional del positivismo (entendido como positivismo legalista)<sup>19</sup>, y ello en el sentido siguiente: la primacía de la norma fundamental y la inserción en su contenido de valores, principios y derechos de fuerte contenido político y moral obliga, entre otras cosas, a analizar críticamente la ley<sup>20</sup> y a recurrir, con las cautelas oportunas, al apoyo auxiliar de otros saberes, tradicionalmente más versados en el estudio de la política y de la moral<sup>21</sup>.

18. En nuestro ámbito de estudio contamos con estudios muy estimables que a nuestro juicio cometen el error de no tener adecuadamente en cuenta esta centralidad de la Constitución, como los de GARCÉS SANAGUSTÍN (1996) o RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007), excelentes desde el Derecho administrativo (ambos autores propugnan una renovación de la dogmática del Derecho administrativo pero nada –o poco renovador– dicen de la dogmática del Derecho constitucional), o el de PORRAS NADALES (2009), excelente desde la Ciencia política.
19. En nuestro ámbito de estudio, la intuición está bien apuntada en GARCÉS SANAGUSTÍN (1996, pp. 12, 18-19 o 32) pero, curiosamente, fuera de la perspectiva constitucional, que es la que nosotros queremos destacar ahora.
20. Nos referimos, sobre todo, a críticas internas, esto es, a aquellas que utilizan como parámetro el mismo Derecho positivo, y en concreto la Constitución. En definitiva, propugnamos como mejor teoría del Derecho el llamado positivismo inclusivo, defendido entre nosotros, p. ej., por MORESO (2009, esp. pp. 183 y ss.), a quien remitimos para más detalles. Como el tema es complejo y en él no podemos detenernos ahora, remitimos también, entre la ya amplia bibliografía, a las obras, entre los filósofos, de GARCÍA FIGUEROA (2009) y, entre los constitucionalistas, de ZAGREBELSKY (1995), ambas en plena sintonía, salvo leves discrepancias de detalle, con la propuesta metodológica por la que apostamos en esta obra.
21. Éste parece ser, en síntesis, el núcleo central del llamado *neoconstitucionalismo*, término que nos resistimos a asumir, por su ambigüedad y porque no creemos que resulte realmente tan innovador como parece. Modestamente no hacemos otra cosa que

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

En definitiva, de lo que se trata es de abandonar la versión más radical del positivismo (en su sentido de apego estricto a las normas legales) y analizar críticamente la ley, sin necesidad para ello de salir fuera del Derecho positivo. Raramente encontraremos omisiones absolutas pero con mucha frecuencia vamos a encontrar leyes oscuras (aquí sobre todo la dogmática debe aportar claridad) y cicateras en materia de derechos sociales. La crítica jurídica interna (contraste con la Constitución y el Derecho internacional) es más útil que la externa (basada meramente en razones morales o políticas), porque permite conseguir cosas sin abandonar la metodología propia del Derecho. Dado que el Derecho internacional y la Constitución incorporan los valores morales que han logrado mayor consenso (*infra*, IV, 3.1 y 3.3), no es necesario subvertir la lógica central del positivismo (el Derecho es únicamente el Derecho positivo), el cual bien permite la inserción de la argumentación moral en el interior de la Dogmática (*infra*, IV, 4.3.3).

- d) Hay que argumentar bien, seria y jurídicamente (la dogmática se distingue de la Filosofía y, desde luego, de la acción política), sobre la base de los principios constitucionales<sup>22</sup> pero dejando claras las posiciones asumidas. No es bueno ser extremista (siempre hay que reconocer el valor de concepciones diferentes) pero tampoco engañar al «público» diciéndole que la dogmática es neutral. Por ello, es necesario explicitar los presupuestos materiales de teoría constitucional que se adoptan, sin temor a manifestar concepciones e ideologías. En general en la dogmática jurídica, y con mayor motivo en el tema que abordamos, detrás de las grandes cuestiones en juego y de las afirmaciones que se sostienen se encuentra la *precomprensión* del jurista o, dicho en términos más ampulosos, su concepción del Estado, la Constitución y la sociedad. Siendo esto así, mejor será reconocer cuáles son esos presupuestos, pues si no los dejamos entrar al principio por la puerta después se nos colarán, a escondidas, por la ventana. A nuestro entender, uno de los mayores frenos al progreso de la dogmática no es sólo la ya denunciada ocultación de la *precomprensión* sino, cuando más o menos ésta se justifica, el escaso desarrollo de dicha justificación<sup>23</sup>.

---

proponer que la Constitución sea tomada realmente en serio, algo que, pese a las apariencias, está todavía lejos de conseguirse, al menos en España.

22. Cualquier argumentación seria de dogmática de los derechos sociales debe explicitar la concepción material de los principios constitucionales (*infra*, III, 2 y IV, 3.3) y de los derechos fundamentales (*infra*, IV, 4.3.3) de la que parte.
23. La dogmática de los derechos sociales debe resolver previamente cuestiones de Teoría constitucional, de ahí, sobre todo, la pertinencia del capítulo III de esta obra. Adelante



---

Capítulo I. Introducción

- e) Por lo anterior, hay que recurrir a las aportaciones de la Filosofía del Derecho e integrarlas, con las adecuaciones necesarias (la Filosofía es para nosotros «disciplina auxiliar»), en el interior de la Dogmática. La consideración filosófica de los derechos sociales resulta útil, en primer lugar, para la comprensión de su fundamento (filosofía moral, en su sentido más clásico). Si los filósofos del Derecho presentan tesis sólidas (con apoyo internacional<sup>24</sup> y base empírica, que a veces se echan en falta) que conecten con las categorías de valor presentes en la Constitución vigente y que ofrezcan pistas para una construcción dogmática más firme de los derechos sociales en concreto, deberán ser escuchados<sup>25</sup>. No se olvide, asimismo, la sustancial conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales, sobre la que argumentaremos con mayor detalle en su momento (*infra*, IV, 3.1).

Conocer el fundamento del derecho resulta necesario para determinar su contenido (*infra*, IV, 2 a 4). El contenido de los derechos sociales consiste, sobre todo, en prestaciones (o, más exactamente, en obligaciones de prestar). Las prestaciones pueden ser muchas o pocas y ni podemos pedir lo imposible a la Constitución ni podemos renunciar a fijar contenidos exigentes. No hay que definirlo todo sino sólo el contenido constitucional de un derecho, esto es, lo exigible al legislador. Al resto, que no es prioritario definir, podemos llamarlo contenido adicional. La determinación del contenido constitucional de los derechos sociales implica una doble operación: definición del objeto o bien protegido (p. ej., qué es la salud) y determinación de los medios indispensables para su protección. Esto es, la determinación del contenido implica concretar fines y medios, pero sobre todo lo primero. Lo segundo es algo más abierto (normalmente son posibles diversos medios o formas de alcanzar un fin) a la discrecionalidad del legislador<sup>26</sup>. Aquí la fundamentación del de-

---

temos ya que no puede construirse un sistema de derechos fundamentales que no integre en su seno, al mismo nivel que los demás, los derechos sociales. Para la estructura de la Constitución, tan importantes son unos como otros. Una distinta configuración (en su caso) de las garantías no puede hacer olvidar el dato esencial de que los derechos sociales derivan, tan directamente o más que los derechos liberales, de los principios constitucionales nucleares.

24. La propuesta de fundamentación filosófica de los derechos sociales no debería olvidar los avances logrados por el Derecho internacional, pues Filosofía y Derecho internacional aquí se complementan; para más detalles, ESCOBAR ROCA, 2005, pp. 35-38.
25. El más exitoso divulgador de esta propuesta es sin duda DWORKIN: p. ej., 1984, p. 33.
26. Por ello, metodológicamente quizás sea preferible centrarse en determinar el objeto del derecho y no concretar demasiado las obligaciones de los poderes públicos al respecto, operando con ellas de modo inverso: analizando críticamente la ley (si bien la crítica presupone una implícita concepción de las obligaciones constitucionales).

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

recho (que conecta con la interpretación finalista) debe ofrecernos las claves, sin olvidar un fuerte componente empírico (indicadores, necesidades).

La teoría democrática, más desarrollada desde la Filosofía política que desde el Derecho constitucional, también ha de ser tomada en consideración: el *cómo* determinar del contenido constitucional de los derechos sociales está muy relacionado con el *quién* ha de hacerlo. Se impone aquí el diálogo colectivo, un cierto reconocimiento a las teorías procedimentales de los derechos, a lo HABERMAS. Advertimos, sin embargo, de un peligro: otorgar todo el protagonismo al legislador. La idea apuntada bien por NINO (entre otros muchos) para nuestro ámbito de estudio (favorecer la discrecionalidad legislativa)<sup>27</sup> sería aceptable sólo en condiciones ideales de la democracia (el Parlamento como foro abierto). Una vez más, la ayuda de la Filosofía del Derecho (como Filosofía política) resultará inestimable en este punto.

- f) También las aportaciones de la teoría del Derecho han de ser tomadas en consideración. Para la incorporación a nuestro quehacer de la teoría general de los derechos fundamentales, sobre cuya necesidad no parece haber dudas en la dogmática actual (tampoco en España), ha de considerarse, además de la teoría de la Constitución (en la cual la teoría de los derechos ha de insertarse), la perspectiva analítica y funcional de las normas, más propia de la teoría (nuevamente, para nosotros disciplina «auxiliar») que de la Filosofía del Derecho. Asimismo, la mutua conexión (uno de los elementos más característicos de la metodología seguida en esta obra) entre «parte general» y «parte especial» de los derechos fundamentales sociales resulta imprescindible. Sobre todo en el capítulo IV («doctrina general») nos detenemos en este punto, sin llegar a construir una «teoría» propiamente dicha pero yendo algo más allá de una mera «parte general». Así entendida, nuestra doctrina general se detiene especialmente en las tareas conceptuales propias de la dogmática y en la fijación de criterios, formales y materiales, para asentar sobre bases más firmes la interpretación de las normas relativas a los derechos sociales en concreto.
- g) Hay que integrar el «ámbito normativo»<sup>28</sup> en el análisis dogmático. La teoría pura del Derecho constitucional es imposible (rompería la

---

27. NINO, 2002, esp. pp. 410-411.

28. En el sentido de MÜLLER, 1989, uno de los primeros metodólogos vivos.

sustancial unidad del ordenamiento y por ello esta obra no es una obra de Derecho constitucional sino de Derecho) y la teoría pura del Derecho es inútil y enmascaradora. Es obligado acudir, nuevamente como «disciplinas auxiliares», a la Sociología del Derecho y a la Sociología general<sup>29</sup>. Los hechos han de ser tomados en cuenta, sobre todo, en dos momentos principales<sup>30</sup>: a la hora de concretar las necesidades (que primariamente son hechos, *infra*, IV, 3.2) que conforman el objeto de los derechos sociales y a la hora de verificar la efectividad de sus garantías, de cara al análisis de su adecuación al cumplimiento del «programa normativo», por utilizar la terminología de MÜLLER.

## 2. ANTECEDENTES\*

Una mirada a la Historia de los derechos sociales en España se hace necesaria en este capítulo introductorio, como elemento auxiliar de la dogmática. No se pretende ofrecer, en las líneas que siguen, un estudio exhaustivo ni detallado de esta amplia y compleja problemática (la cual puede seguirse de manera más completa en la bibliografía citada) sino tan sólo poner de manifiesto las líneas esenciales de su desarrollo, en la medida en que puedan resultarnos útiles para comprender la realidad actual. Como hilo conductor, se ha preferido escoger, ante todo, el punto de vista de la actuación de los poderes públicos en materia de pobreza. Las referencias específicas a los antecedentes de cada uno de los derechos sociales y formas de tutela antidiscriminatoria se realizan en los capítulos correspondientes. El estudio se centra además en el análisis de los hechos, dejando de lado, salvo referencias puntuales, la mención a la Historia de las ideas.

### 2.1. LOS SECTORES IMPRODUCTIVOS. POBREZA Y BENEFICENCIA EN LA ESPAÑA LIBERAL

A medida que nos adentramos en la época contemporánea, la pobreza desborda las barreras convencionales de los sectores improductivos para convertirse en una amenaza, cada vez más cercana, de buena parte de la población rural y urbana. Esta pobreza móvil u ocasional, nutrida de individuos insertos en el mundo del trabajo pero en situaciones de alto riesgo y a un paso, tras la menor adversidad, de traspasar tan endeble frontera inquieta a

---

29. De momento, FERRAJOLI, 1999, p. 112.

30. Para el esbozo de un planteamiento algo más ambicioso, *vid.* ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, p. 16.

\* Por Elena MAZA ZORRILLA.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

los dirigentes políticos por sus dimensiones y peligrosidad social<sup>31</sup>. Los «nuevos pobres» contemporáneos, trabajadores de ínfimo nivel adquisitivo abrumados de cargas familiares, sin garantías de estabilidad laboral ni cobertura social, alteran los perfiles tradicionales de la pobreza en España.

La pobreza percibida como problema sintetiza el sentir mayoritario de su valoración social contemporánea<sup>32</sup>. Atrás quedan los tiempos en que los menesterosos simbolizaban la imagen de Cristo en la tierra y era obligado remediar sus necesidades a fin de preservar el orden establecido<sup>33</sup>. Esta noción reverencial de la pobreza, de raíces cristianas, descansa en un juego tácito entre ricos y pobres que comienza a cuestionarse a golpe de convicciones productivas. La exclusión del valor meritorio de la limosna y de la ayuda indiscriminada al necesitado, es decir, la desmitificación de la pobreza, supone un nuevo enfoque de sesgo sociológico. Vagos y pobres fingidos pierden su aureola piadosa para convertirse en prototipo de rebeldía y contestación social. Esta desacralización de la pobreza y su encauzamiento por senderos de orden y productividad, ensayados por los higienistas ilustrados, se va a consumir en el liberalismo. La mentalidad burguesa decimonónica combina en su apreciación del problema tintes paternalistas y defensivos (ayuda), con anhelos de reinserción (moralización a través de su inclusión en los circuitos productivos).

El ordenamiento legal de la pobreza y la mendicidad, en los albores liberales (Ley general de 1822), apuesta en principio por la previsión frente a las medidas coercitivas dieciochescas. Las Casas de Socorro pretenden facilitar trabajo a los faltos de medios de subsistencia con objeto de evitar el crecimiento del pauperismo y prohibir la práctica incontrolada de la caridad. Se reserva para los pobres de solemnidad, con permiso escrito de las Juntas de Beneficencia, el disfrute de la generosidad de sus conciudadanos.

Los vaivenes involucionistas del rodaje liberal en España y la comprobación del escaso éxito de estas disposiciones reorientan las inquietudes legisladoras hacia la vía expeditiva del castigo y la prohibición. El Código Penal de 1850 reprime la mendicidad por medio de una pormenorizada tabla de sanciones: arresto mayor y vigilancia anual para los mendicantes carentes de licencia o que engañen con falsas argumentaciones; penas de prisión correccional en su grado máximo y tres años de vigilancia para quienes recurran a malas artes, actitudes sospechosas o delictivas. Dentro del Sexenio Democrá-

---

31. *Vid.* COHEN, 1988 y BERGALLI y MARI, 1989.

32. *Vid.* VILA LÓPEZ, 1988; CARASA SOTO, 1991, pp. 359-384; RUIZ RODRIGO y PALACIO LIS, 1995.

33. LIS y SOLY, 1985; HIMMELFARB, 1988; WOLF, 1989; HAVEL, 1990.

---

## Capítulo I. Introducción

tico, el Código Penal de 1870, vigente hasta muy avanzado el siglo XX, evita pronunciarse sobre este espinoso asunto excluyendo la mendicidad de su articulado, lo cual significará su control a través de leyes especiales.

Los segmentos sociales más débiles, mujeres y niños, entrañan contratiempos añadidos<sup>34</sup>. El desasosiego de los poderes públicos respecto a la mendicidad infantil deriva en esporádicas disposiciones, que intentan regular la participación de los niños en los espectáculos públicos, en las industrias, en la venta ambulante o en la mendicidad profesional (Leyes de 26 de julio de 1878, 13 de marzo de 1900, 23 de julio y 21 de octubre de 1903). Al despuntar la centuria, tienen prohibido pedir limosna todos los menores de dieciséis años bajo pena de detención y multa a sus padres o tutores, llegándose a la supresión de la patria potestad en el caso de reincidencia. La sima que separa la España legal de la real conduce a la Ley de 12 de agosto de 1904, dedicada en su totalidad a la protección de la salud física y moral de los menores de diez años. Su enfoque pluridimensional e interclasista de la acción protectora al niño, que busca implicar en el empeño a la Iglesia, el Estado, los profesionales de la sanidad y un buen número de instituciones, supone un importante paso adelante en el modo de afrontar el problema.

Los asuntos relacionados con la mendicidad quedan en manos de la Sección de Reformas Sociales del Ministerio de Gobernación, dependiente del Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad (Real Decreto de 21 de marzo de 1909) y, desde 1911, del propio Consejo y su Comisión ejecutiva. El elevado gasto que supone la recogida, albergue y control de los mendigos, a cargo de los presupuestos del Estado, promueve campañas mediáticas de estímulo de la caridad, junto a la concesión de un porcentaje de la recaudación derivada de los espectáculos públicos, cuestaciones y funciones benéficas.

Con el mundo de la marginación, rayando la criminalidad y la delincuencia, sobran miramientos<sup>35</sup>. La Constitución gaditana de 1812 declara suspensos los derechos de cuantos carezcan de «empleo, oficio o modo de vivir conocido», instando a los poderes locales a colaborar con todos los medios a su alcance en la persecución sistemática de vagos y rateros. En esta intimidación municipal y provincial insiste el Decreto de Cortes de 11 de septiembre de 1820, por el que gitanos, vagos, holgazanes y mal entretenidos deberán ser apresados y enviados, vía apercebimiento, a las obras públicas,

---

34. *Vid.* BORRAJO DACRUZ, 1992; BORRÁS, 1996.

35. *Vid.* ÁLVAREZ URÍA, 1983; FRAILE, 1987; SERNA, 1988; REY GONZÁLEZ, 1990. El ejercicio de la prostitución recaba, por parte de los poderes públicos, una atención especial repleta de contradicciones. Véanse los trabajos de RIVIÈRE GÓMEZ, 1994; NÚÑEZ ROLDÁN, 1995; GUEREÑA, 2003.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

arsenales y demás establecimientos de trabajo. La preferencia por las medidas correccionales gubernativas explica la ausencia de la vagancia de la tipificación delictiva del Código Penal de 1822, reservándose para ella una legislación especial.

Lo poco que sirven estos desvelos resulta obvio ante la necesidad de promulgar la Ley de vagos de 9 de mayo de 1845, que sintetiza en plena Década Moderada la nueva definición y clasificación de la vagancia considerada, sin tapujos, un delito. Su tipificación interna y el recurso a la redención mediante el pago de una fianza, siempre que el fiador responda de la reinserción laboral del individuo, muestran el carácter posibilista y jerárquico del orden burgués. El Código Penal de 1848, reformado un bienio después, al igual que hace con la mendicidad incorpora la vagancia a sus disposiciones en calidad de delito e incluso amplía su espectro hasta llegar a la paradoja del «vagabundo fijo»<sup>36</sup>. Por su parte, el Código Penal de 1870 introduce un matiz importante al rechazar la vagancia como un hecho punible en sí mismo para calificarla de «circunstancia agravante». Esta visión algo menos inquisitorial mantiene el Código Penal de 1928 que, junto a la ociosidad, vincula la vagancia a las condiciones del infractor. El advenimiento republicano apenas modifica la filosofía oficial en torno a esta supuesta lacra<sup>37</sup>.

La atención a los necesitados recaía en el Antiguo Régimen en la esfera particular y religiosa, con muy escasa presencia de instituciones de patrocinio público<sup>38</sup>. La inoperancia de este sistema de asistencia social, con siglos de discusión en torno al drenaje o no de la limosna, el discernimiento entre los falsos y verdaderos pobres, y las posibilidades de recuperación productiva, resulta innegable. El desfase entre la demanda y la oferta asistencial, muy por debajo de subvenir las necesidades más perentorias, acaba por dañar los cimientos de un edificio carente de una mínima cohesión en pro de su articulación y desarrollo.

Dentro del entorno europeo, las sociedades avanzadas consideran la forma más eficaz de protección social la encarnada por la beneficencia pú-

---

36. Son vagos quienes «no poseen bienes o rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte u oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo».

37. La Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933 evidencia el detallismo regulador de los «estados peligrosos», donde convergen vagos, homosexuales, rufianes, proxenetes, ladrones, mendigos profesionales, explotadores de menores, jugadores, borrachos, toxicómanos, corruptores, mentirosos, personas proclives al delito, terroristas, atracadores, estafadores, individuos antisociales y causantes de malos tratos a animales, árboles o bienes materiales. La gama es tan variada como las medidas de seguridad consecuentes: internamiento, expulsión, vigilancia, multas e incautaciones.

38. *Vid.* MANDLER, 1990; GEREMEK, 1998.

blica. En palabras de MONTESQUIEU, «El Estado debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, el alimento, un vestido conveniente y un género de vida que no sea contrario a la salud». La atención a los necesitados desde manos públicas se erige en un instrumento de articulación social y una labor de policía frente a los riesgos de ruptura de la convivencia y desintegración. La revolución francesa intensifica la acción pública asistencial enfocada desde presupuestos ideológicos, que conectan con las formas contemporáneas del Estado social. La Declaración de Derechos del Hombre de 1789 impone a la Nación el deber de proporcionar trabajo o ayuda al necesitado, consagrando así el derecho a la asistencia de los ciudadanos.

El liberalismo decimonónico se encargará de debilitar esta enérgica concreción de la asistencia como un derecho subjetivo público y de contribuir al nacimiento de los seguros sociales en cuanto fórmula de protección social alternativa. Por razones de economía social, la previsión se convierte en la palabra preferida de los gobernantes en su política de prevención de la pobreza<sup>39</sup>. En el tránsito al siglo XX, países latinos como Francia, Italia o Bélgica (España se sumará en 1908) desarrollan una labor de estímulo a las formas voluntarias de previsión social laboral y de colaboración financiera, mediante regímenes de libertad subsidiada. Se trata todavía de un intervencionismo externo, selectivo y tangencial del Estado, hasta que el paso del tiempo haga converger a los sectores productivos e improductivos en el amplio abanico de la protección social.

Volviendo a España, el primer tercio del siglo XIX se caracteriza por una dialéctica de enfrentamiento entre las estructuras del pasado, que se resisten a desaparecer, y los nuevos postulados liberales<sup>40</sup>. La Constitución de 1812 reclama, por primera vez para el Estado y los organismos públicos, la asunción y el control de la asistencia social (art. 321). Desde una perspectiva municipalizadora, los Ayuntamientos son los encargados de supervisar los centros benéficos públicos e inspeccionar, junto con los jefes políticos provinciales, los de patronato particular, siempre que «estos establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren» (art. 335). Este pionero intento secularizador se convierte, por el momento, en papel mojado ante el giro involucionista del retorno de Fernando VII.

El Trienio Liberal sirve de escenario de un segundo y también fallido intento en la regulación pública asistencial, tras el que laten razones de eco-

---

39. HATZFELD, 1989; PROCACCI, 1993; DEMIER, 1996.

40. *Vid.* ROMERO MORENO, 1983.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

nomía política y estabilidad social. Descuella por su especial trascendencia para el sector benéfico la Ley de 23 de enero-6 de febrero de 1822 que, en sus 138 artículos, traza un completo organigrama de la beneficencia pública fundamentado en la autonomía de las corporaciones locales<sup>41</sup>. Uno de sus aspectos más polémicos es el frontal rechazo de la beneficencia particular<sup>42</sup>, si bien apenas cunde efecto por el prematuro corte de la experiencia constitucional en 1823.

El eje central del debate asistencial durante estos años descansa, frente a las viejas prácticas nosocomiales, en las bondades e inconvenientes de la hospitalidad domiciliaria. Los nuevos valores utilitarios relegan la actividad asistencial de la Iglesia hacia una clientela específica (ancianos, impedidos, expósitos, inadaptados, descarriados), reservando para los profesionales de la medicina la atención domiciliaria. Esta coincidencia de intereses entre gobernantes y facultativos va a significar, a largo plazo, el triunfo de la medicina domiciliaria y la crisis del internamiento y las viejas formas de asistencia.

Algo parecido ocurre con la previsión, panacea contra la inseguridad y el aumento del pauperismo<sup>43</sup>. El liberalismo defiende la previsión individual frente a la usura y demás amenazas que acechan la supervivencia de las clases populares. El ahorro, primer estadio de la acción preventiva, se convierte así en una de las banderas del discurso oficial, que choca frontalmente con la imposibilidad material de practicar dicha virtud por parte de unas maltrechas economías familiares. Cuestión aparte es la previsión organizada, que acabará por desembocar entre un mar de obstáculos en los seguros sociales obligatorios del siglo XX.

El segundo tercio decimonónico reviste especial interés por testimoniar la secularización de la asistencia social en España<sup>44</sup>. Durante el reinado isabelino se consuma la sustitución del viejo sistema de caridad religiosa y particular, atomizado e ineficaz, por la beneficencia concebida como un servicio

---

41. Las Juntas municipales de Beneficencia integradas por facultativos, autoridades civiles y religiosas, y pudientes vecinos son el motor auxiliar de los Ayuntamientos en la dirección y vigilancia de los centros asistenciales. En un claro empeño de sistematización administrativa, se entienden por tales las Casas de Maternidad (freno de infanticidios y refugio para la vergüenza de las madres solteras), las Casas de Socorro (adaptación nominal de las antiguas Casas de Misericordia u Hospicios), y los Hospitales, amén de recaer también en dichas Juntas todo lo concerniente a la atención domiciliaria.

42. «Los fondos procedentes de fundaciones, memorias y obras pías de patronato público, sea real o eclesiástico, cualquiera que fuese su origen primitivo, quedan reducidos a una sola y única clase, destinados al socorro de las necesidades a que se provee por esta ley» (art. 25).

43. *Vid.* ESTEBAN DE VEGA, 1992, pp. 123-138, y 1997.

44. *Vid.* BARRADA RODRÍGUEZ, 2001; MAZA ZORRILLA, 1987 y 1999.



---

## Capítulo I. Introducción

público. Dicho proceso presenta una primera fase de carácter administrativo, en la cual el poder público asume sus derechos y deberes asistenciales con manifiesta arrogancia. La exclusividad contenida en el Decreto de 8 de septiembre de 1836, que restablece la normativa de 1822 monopolizadora de la atención asistencial, cede paso a medidas más compartidas y realistas. Fruto de esta política revisionista ven la luz la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y el Reglamento para su ejecución de 14 de mayo de 1852, que sancionan a largo plazo su organigrama, articulación, competencias, régimen económico y clasificación tipológica.

Asumido el control administrativo, el segundo paso del proceso secularizador adquiere connotaciones económicas. Por decisión unilateral de Pascual Madoz, la Ley general de 1 de mayo de 1855 y medidas subsiguientes acarrear la nacionalización de los bienes de las instituciones benéficas y su venta en pública subasta al mejor postor, lo que significa su total dependencia de los presupuestos oficiales. Concluida la secularización asistencial en su doble vertiente, no parece que el sistema benéfico resultante colme sus objetivos asistenciales, a tenor de los estudios monográficos y síntesis a nuestro alcance<sup>45</sup>.

En el transcurso de la Restauración, varias leyes retocan epidérmicamente el sistema benéfico descrito (en especial, los Reales Decretos de 27 de abril de 1875 y 27 de enero de 1885), sin alterar sus postulados básicos. En el tránsito al siglo XX, la actitud del gobierno se deshace en halagos hacia la beneficencia particular, «orgullo de nuestra patria», en palabras de Eduardo Dato vertidas en su preámbulo al Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular. Dentro de la dilatada nómina de instituciones benéficas, incluyen «los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías». El repunte de la necesidad propicia, como vemos, actitudes pragmáticas por parte de los poderes públicos, permeables a políticas colaboracionistas con la iniciativa privada y confesional.

Toda conjunción de esfuerzos se considera bienvenida ante la imparable demanda de asistencia en un país aún por modernizar y falto de una política social sustentada en un sistema público de seguros sociales. Las carencias de

---

45. LÓPEZ ALONSO, 1986; AA VV, 1990.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

los sectores insertos en el mundo del trabajo, amén de las consabidas de los improductivos, exigen una política social planificada y no esporádicas concesiones arrancadas en momentos de especial tensión o debilidad.

### 2.2. LOS ORÍGENES DE LA PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA

La superación de las tesis liberales no intervencionistas y el calado de nuevas ideas entre las élites políticas e intelectuales de la Restauración tienen mucho que ver con la implantación de los seguros obligatorios y el nacimiento de las políticas de previsión social<sup>46</sup>. La brecha abierta por la Comisión de Reformas Sociales (CRS) en las postrimerías del siglo XIX, primer intento estatal de garantizar a los ciudadanos españoles unos niveles mínimos de bienestar<sup>47</sup>, se convierte de manera efectiva en una política intervencionista a partir de 1900, año de aprobación de medidas concretas de «amparo social» en favor de los asalariados. Destaca la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero, que supone un reconocimiento de la responsabilidad legal de los empresarios abarcable mediante la suscripción de una póliza de seguros con una entidad privada<sup>48</sup>. No se trata de dirimir responsabilidades por culpas o negligencias, sino de un nuevo planteamiento sobre la asunción de riesgos de la empresa. El modelo inicialmente adoptado defiende una mediación limitada del Estado en un contexto de afiliación parcial y voluntaria. Hasta la Guerra Civil, la mayoría de los programas de previsión social en España van a ser opcionales, estimulados por el Estado a través de subsidios y dirigidos a los trabajadores industriales de bajo poder adquisitivo<sup>49</sup>.

La creación de la CRS en 1883 aparece estrechamente unida al grupo institucionista-krausista, una élite bien informada de los avances sociales de otros países, contraria a la lucha de clases y partidaria de la armonía social. Sus integrantes fomentan encuestas y estudios sociológicos que adecuen la legislación a las necesidades reales del país, a la vez que defienden para el Estado una función tutelar correctora de los desequilibrios sociales.

A la altura de 1890, la denominada cuestión social y el papel interventor cobran protagonismo atrayendo a sus filas a un buen número de conservadores y a los sectores más inquietos del catolicismo social<sup>50</sup>. La erección del Instituto de Reformas Sociales (IRS) en 1903, sustituto de la inoperante CRS,

---

46. RITTER, 1991.

47. *Vid.* CALLE VELASCO, 1989 y GUILLÉN, 1990.

48. En su art. 2 declara la responsabilidad objetiva del patrono por «los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor».

49. MONTERO GARCÍA, Madrid, 1988.

50. MONTERO GARCÍA, 1983.

---

*Capítulo I. Introducción*

y sobre todo la del Instituto Nacional de Previsión (INP) en 1908, motor de un régimen de libertad subsidiada para la vejez en el que se integran las cajas que gestionan los seguros sociales, suponen la institucionalización administrativa de la corriente intervencionista tras la que asoman figuras políticas de la talla de Eduardo Dato o José Canalejas<sup>51</sup>. Hablamos de seguros voluntarios subsidiados por el Estado, que limita su intervención a la acción normativa y la subvención económica, trasladando el horizonte de la protección al plano laboral. El INP, encargado de difundir la previsión popular y estimular la práctica de las pensiones de retiro, podía delegar sus competencias administrativas en entidades privadas con la consiguiente fragmentación del sistema, una tendencia imparable hasta el franquismo<sup>52</sup>.

A escala europea, la Gran Guerra impulsa el intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo. Los mecanismos de protección desembocan en una cadena de seguros sociales, muy lenta si tenemos en cuenta que en 1883 ya se había aprobado en la pionera Alemania la Ley de Seguro de Enfermedad, al que seguirán el de accidentes de trabajo (1884), invalidez-vejez (1889) y supervivencia (1911), todos ellos recogidos en el Código de Seguros Sociales de 1911. Pero el llamado modelo bismarckiano, que contemplaba de manera aislada cada uno de los riesgos o contingencias, respondía a criterios distintos a los manejados en esta etapa posbélica más decantados hacia un plan de cobertura general de personas y necesidades, como luego se encargará de precisar Beveridge. El avance que, sin duda, supone en la protección social la implantación de los seguros obligatorios dentro de los sectores productivos, no empaña su complicidad con el retraso en una auténtica «nacionalización» de la solidaridad y la seguridad económica<sup>53</sup>.

La crisis social y política de la Restauración española, coincidente con la dura posguerra europea, impulsa intramuros el intervencionismo y matiza la propia concepción del Estado<sup>54</sup>. Los programas reformistas cobran en estos años nuevos bríos, cambian los planteamientos originales y emanan las reglamentaciones. Del Estado tutelar se pasa al intervencionista en el complejo entramado de las relaciones laborales.

En 1919 (Real Decreto de 11 de marzo) logra su aprobación el primer seguro social obligatorio en España, el retiro obrero, que a diferencia del de accidentes de trabajo tiene por asegurado al obrero y no al empresario. Dentro de un clima de acusada conflictividad, en 1920 abre sus puertas el Ministe-

---

51. *Vid.* PALACIO MORENA, 1988 y 2004; FORNER, 1993.

52. CASTILLO y RUZAFÁ, 2009.

53. AA VV, 1989; GONZALO GONZÁLEZ, 2001.

54. CUESTA BUSTILLO, 1988.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

rio de Trabajo, al que se confía la unificación de los servicios sociales dispersos por diversos Ministerios a fin de obtener niveles más altos de coherencia y eficacia. Entre 1919 y 1923 las sociedades de ayuda mutua, garantes de seguros de desempleo<sup>55</sup> o maternidad, son subsidiadas por el Estado. En 1921 se ponen en marcha los subsidios vitalicios de vejez para los trabajadores con más de 65 años (edad de jubilación obligatoria), una vez cubierto un período de carencia. Al año siguiente, el INP organiza una conferencia en Barcelona para tratar de la introducción de los seguros obligatorios de enfermedad, invalidez y maternidad. Todas estas referencias acreditan cómo a medida que crece la inestabilidad política y la crisis social, se intensifica el proceso reformista ante la mirada reticente de los patronos<sup>56</sup>. Precisamente la presión patronal y las dudas sobre su operatividad provocan la extinción del IRS en 1924, que es sustituido por el Consejo de Trabajo.

Los regímenes autoritarios a menudo ensayan políticas sociales generosas con la aspiración de alcanzar una «legitimación instrumental», que haga olvidar otros ingredientes menos gratos de su posición dominante. La Dictadura de Primo de Rivera, necesitada de articular una política de arbitraje y conciliación social, aboga por la instauración de un sistema corporativo de representación. La represión política de Martínez Anido convive así con la política social reformista de Eduardo Aunós, defensor de medidas armonizadoras continuistas aceptadas mayoritariamente por la sociedad. El corporativismo social experimentado en estos años institucionaliza el principio de representación de intereses en distintos organismos públicos asesores y reguladores e, incluso, van a pervivir en la República (con algunos cambios) los organismos arbitrales en las relaciones laborales.

La protección social, incluida sistemáticamente en la agenda política como señuelo de un rentable populismo, carece sin embargo de una materialización explícita. Prueba de ello es que apenas se registran progresos tangibles en esta etapa, más enfrascada en el soporte teórico y conceptual que en su aplicación efectiva. Según datos oficiales, en 1925 solamente 400.000 españoles de los 22 millones censados se hallan protegidos por sociedades privadas de ayuda mutua<sup>57</sup>. La indefensión parece la norma y la cobertura la excepción. Logros como el Seguro de Maternidad, aprobado en 1929, quedan por el momento pendiente de ejecución.

---

55. Por Real Decreto de 18 de marzo de 1919 se regula el seguro de paro forzoso, no como obligatorio sino a través de un régimen libertad subsidiada, es decir, subvencionando a las sociedades mutuas obreras que lo contrataran.

56. REY REGUILLO, 1992.

57. *Vid. el Libro Blanco de la Seguridad Social*, Madrid, 1977, p. 21.

### 2.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA SOCIAL EN LA SEGUNDA REPÚBLICA

Al advenimiento de la Segunda República, el retiro obrero era el único seguro obligatorio implantado en España, con notables deficiencias en su cobertura y radio de acción respecto a sus vecinos europeos. La tarea pendiente, la modernización del país, será el gran reto del relevo republicano. Élités políticas y grupos de interés coinciden en la necesidad de expandir la política de previsión social y recuperar el tiempo perdido. La protección social se convierte en un principio constitucional, responsable del arranque efectivo de la política social en España truncada bruscamente por el estallido de la Guerra Civil.

La Constitución de 1931, que distingue entre asistencia<sup>58</sup> y seguros sociales, asume por primera vez la responsabilidad del Estado de crear un sistema plenamente desarrollado de seguros obligatorios. Su artículo 46 explicita que «El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes, y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo, el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores». Esta rotunda afirmación del papel del Estado como proveedor social, nunca cuestionada, representa un salto cualitativo en la historia de la previsión pública en España.

Así se puede comprobar, tanto en el terreno de las prestaciones económicas (entre 1931-32 se regulan la indemnización por salarios perdidos por maternidad y el subsidio de lactancia, ambos incorporados al Seguro de Maternidad; la indemnización por incapacidad o fallecimiento debido a accidente de trabajo; pensiones vitalicias por incapacidades permanentes para los trabajadores del sector secundario y terciario; el Seguro de Paro forzoso; etc.) como en las prestaciones asistenciales, en especial con la puesta en marcha del Seguro Obligatorio de Maternidad en octubre de 1931 y el derecho a la asistencia médico-farmacéutica por accidentes de trabajo. El valor

---

58. En su art. 43 establece que «el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño». A diferencia del pasado, ahora se identifica el concepto de asistencia social con el de beneficencia pública.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

mínimo de las prestaciones sociales por persona hasta 1931 empieza a tomar altura en la etapa republicana de forma que, en 1935, las prestaciones económicas alcanzan los 58 millones de pesetas (retiro obrero, maternidad, accidentes de trabajo), amén de otros 6,5 millones gastados en las asistenciales<sup>59</sup>.

Los años republicanos son los de práctica aseguradora más vigorosa del INP en su trayectoria histórica. El aumento de afiliación al retiro obrero, que llega a los 5,5 millones de inscritos al cierre de este quinquenio (sin olvidar que sólo podían beneficiarse del citado régimen asalariados con ingresos inferiores a 4.000 pesetas anuales) y la aplicación efectiva del seguro de maternidad, se suman a otros logros importantes en materia actuarial. Por ejemplo, la extensión del seguro de accidentes de trabajo a los asalariados del campo o la constitución de la Clínica del Trabajo, un centro médico asistencial destinado a las víctimas de accidentes laborales o enfermedades de tipo profesional<sup>60</sup>. Vinculada estrechamente al Instituto se encuentra la Caja Nacional contra el Paro Forzoso, nacida en mayo de 1931 como «un servicio para el fomento y régimen de la previsión contra el Paro involuntario de Trabajo». El número de entidades primarias acogidas al régimen de previsión contra el desempleo en 1935 es de 171, si bien la concesión de subsidios sociales y bonificaciones a dichas entidades alcanza cifras poco significativas, casi simbólicas ante la magnitud del problema<sup>61</sup>. El equipo gestor del INP imprime un nuevo ritmo ejecutor y vela por la eficacia en el cumplimiento de los programas, pero su esfuerzo dinamizador tropieza de lleno con dotaciones económicas insuficientes.

Uno de los proyectos apoyados con mayor ahínco por el INP, que no saldrá adelante, es la unificación de los seguros sociales. Se trata de un tema recurrente de los diversos gabinetes republicanos considerado «objetivo prioritario de progreso social», que respondía, asimismo, a las demandas de la clase trabajadora, al espíritu de la Constitución de 1931 y a la ineludible obligación de dar cumplimiento a los Convenios internacionales suscritos por España. Desde la temprana llegada de Largo Caballero al Ministerio de Trabajo y Previsión, se plantea el proyecto unificador de los seguros sociales en connivencia con la labor y aspiraciones del INP. La envergadura de la empresa tropieza con numerosos obstáculos, que impiden consumir la «obra de justicia y paz social» propuesta como finalidad preferente del Instituto. El principio de obligatoriedad, el campo de aplicación, la coordinación interna y los aspectos financieros son algunas de las cuestiones que traen de cabeza

---

59. RULL SABATER, 1977, pp. 26-28.

60. SAMANIEGO BONEU, 1988, pp. 516 y ss.

61. Ídem, pp. 369-401.

a los empeñados en diseñar este seguro integral, entre ellos Inocencio Jiménez, consejero-delegado del INP<sup>62</sup>.

Cuando este intento de establecer un sistema unificado de seguros sociales se hallaba en trámite parlamentario<sup>63</sup>, se produce el detonante de la Guerra Civil. En ese momento, julio de 1936, sólo tres riesgos sociales están contemplados en términos de obligatoriedad: jubilación, maternidad y accidentes de trabajo, quedando el resto de las contingencias al amparo de la previsión privada o voluntaria subsidiada parcialmente por el Estado. Respecto a los principales países occidentales, por más que la República se había propuesto acompañar sus calendarios, el retraso español era evidente<sup>64</sup>.

#### 2.4. PROTECCIÓN SOCIAL EN EL FRANQUISMO

El desarrollo de la protección social en este régimen autoritario de partido único pretende compensar, en cierta medida, la limitación de las libertades públicas (prohibición del pluralismo político y sindical y del derecho de huelga de los trabajadores), en aras a su propia consolidación. Resulta curioso que en una década repleta de penalidades y estrecheces (aislamiento, autarquía económica, hambre, racionamiento), como son los años cuarenta, se establezcan los seguros sociales obligatorios difícilmente explicables desde variables económicas, no así ideológicas. La admiración por la experiencia alemana en este terreno y la personalidad del falangista José Girón al frente del Ministerio de Trabajo, desde 1941 hasta 1957, ayudan a entender algunos mecanismos compensatorios puestos en marcha en plena posguerra en busca de legitimidad política. Durante el primer franquismo, el sistema de seguros sociales se limitará a ofrecer un conjunto restringido de servicios a una pequeña parte de la población, en coexistencia con las mutualidades laborales<sup>65</sup>.

La puesta en marcha del SOE (Seguro Obligatorio de Enfermedad, diciembre de 1942) y del SOVI (Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, 1947), intentan captar el aplauso de los trabajadores asalariados. Al igual que el establecimiento en 1937 de los Subsidios Familiares (subsidios en función

62. JIMÉNEZ VICENTE, 1934.

63. El 28 de mayo de 1936 se da a conocer la Orden emanada del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión por la que se abría una información pública, «a fin de que las personas, asociaciones y entidades a quienes pueda interesar formulen por escrito las observaciones que estimen procedentes en relación con las bases del anteproyecto para la unificación de los seguros sociales». *Vid.* «Información pública sobre el Proyecto de Unificación de los Seguros Sociales», Madrid, *PINP*, n° 495, 1936, p. 6.

64. *Vid.* FLORA y HEIDENHEIMER, 1981, pp. 59 y ss.; ASHFORD, 1989.

65. MEILÁN GIL, 1963.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

del número de hijos; préstamos a la nupcialidad y a la natalidad)<sup>66</sup> y la Protección de las Familias Numerosas en 1946 buscan contentar a las maltratadas clases medias. La implantación del Seguro Obligatorio de Enfermedad garantiza, además de la asistencia médica primaria y la farmacéutica en lista cerrada (Petitorio), la hospitalización temporal y la atención a la maternidad en él integrada. Las insuficiencias radican en su sesgada concepción tanto en lo relativo a sus beneficiarios (trabajadores de bajos ingresos y dependientes), como a las prestaciones (servicios y transferencias económicas). Las estadísticas oficiales confirman que, a la altura de 1960, detrás del SOE se contabilizan trece millones de personas, el 44 % de la población total<sup>67</sup>.

La cortedad de la protección dispensada por estos seguros fomenta la aparición de otros mecanismos articulados a través de las mutualidades laborales (1944). Así, desde la posguerra se sucede la aprobación de seguros sociales obligatorios en una doble vertiente: los básicos, de carácter nacional y a cargo del Estado, y los complementarios, el denominado mutualismo laboral de índole profesional, con ámbitos territoriales muy diversos. El Reglamento general del Mutualismo Laboral de 1954 regula, entre otras prestaciones, la asistencia sanitaria a sus pensionistas y beneficiarios bajo la organización y supervisión de las correspondientes mutualidades. Este sistema de protección engendra discriminaciones entre la población laboral (régimenes especiales para distintas categorías de trabajadores), y también desequilibrios financieros que entorpecen su gestión. El desarrollo de las mutualidades bajo la protección del Ministerio de Trabajo consolida el establecimiento de una estructura bicéfala y poco funcional a nivel administrativo.

El Estado social de Derecho surgido tras la Segunda Guerra Mundial, marcadamente intervencionista y defensor de la generalización de los servicios públicos, tiene en la política de Seguridad Social, síntesis de las actividades asistenciales y de previsión, uno de sus instrumentos fundamentales<sup>68</sup>. La base de esta política renovadora de la protección social reside en la liberalización de las situaciones de necesidad y la garantía, por parte del Estado a sus ciudadanos, de un bienestar individual. Universalismo (generalización de las

---

66. En 1942 se crea el Plus Familiar, un complemento salarial administrado de forma independiente en cada empresa por un comité de trabajadores y financiado por los patronos.

67. BAREA, 1988, pp. 262-263.

68. La OIT define la Seguridad Social como «La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos».



---

## Capítulo I. Introducción

prestaciones) y cometido público son, por tanto, dos pilares esenciales. La Seguridad Social ha sido el instrumento principal del Estado social o del bienestar, caracterizado por el dirigismo económico y el intervencionismo social. En otras palabras, por el compromiso de los poderes públicos con los derechos económicos, sociales y culturales de los individuos. En el accidentado camino desde los seguros sociales obligatorios de la primera mitad del siglo XX a un régimen unificado de Seguridad Social, el caso español, al margen de su manifiesto retraso, tampoco difiere tanto de los países circundantes. El proceso de formación de la Seguridad Social en España se caracteriza, hasta los años sesenta, por la dispersión y heterogeneidad institucional frente a la relativa unidad de su aparato gestor<sup>69</sup>. En contraste con la fase anterior, la segunda etapa franquista se distingue por la bonanza económica y unas cotas de desarrollo material sin precedentes. Esta expansión económica actuará más como impulsora del grado de expansión del sistema de previsión social, que como elemento determinante del modelo adoptado. Los anhelos modernizadores de cualificados sectores de las élites políticas y burocráticas abogan por una política social más ambiciosa y planificada.

La esperada Ley de Bases de 1963 adapta, de manera un tanto singular, las recomendaciones de William Beveridge<sup>70</sup> e importa para España los esquemas típicos de un sistema de Seguridad Social<sup>71</sup>. Influida por la realidad británica, este economista había propuesto un sistema de protección universal, que garantizase un mínimo de subsistencia y abarcase la más amplia gama posible de situaciones de necesidad, sustentado en tres instrumentos: la asistencia social nacional, el seguro social y el seguro voluntario. Según sus palabras, «el objetivo del Plan de Seguridad Social es abolir la indigencia, asegurando que todo ciudadano que quiera servir en la medida de sus fuerzas tenga, en todo momento, unos ingresos suficientes como para hacer frente a sus responsabilidades»<sup>72</sup>. Partidario de reforzar el papel de la asistencia, entendida como una actuación del poder público hacia las personas necesitadas, implica en la tarea al Estado dentro de un Plan coordinado con los seguros sociales.

La Ley que estamos comentando inaugura una nueva fase sistematizadora y de unidad de acción, que sustituye a las realizaciones dispersas precedentes. La intención del legislador no es alcanzar un ámbito subjetivo univer-

---

69. Vid. RULL SABATER, 1971; ALONSO OLEA, 1977; LÓPEZ LÓPEZ y otros, 1996; ALARCÓN CARACUEL, 1999; MARTÍNEZ-GIJÓN, 2005.

70. *Social Insurance and Allied Services Report*, publicado en 1942, y la constitución del *National Health Service* en 1948.

71. ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, 1965.

72. Vid. BEVERIDGE, 1989, p. 277.

## *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

sal de protección, sino ordenar la complicada fronda de seguros sociales existentes. Se plantea, por tanto, la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. La Base quinta clasifica las prestaciones en cuatro grandes bloques: asistencia sanitaria, prestaciones económicas, de protección a la familia, y servicios sociales tipificados en una pormenorizada casuística (asistencia social, medicina preventiva, higiene y seguridad en el trabajo, reeducación y rehabilitación de inválidos, empleo, promoción social, etc.).

Dicha Ley de 28 de diciembre supone un esfuerzo integrador y, pese a los recortes en su aplicación a partir de 1967, posibilita un espectacular desarrollo de la acción social pública en materia de sanidad, pensiones y ayuda familiar, con prestaciones contributivas y sin el requisito de necesidad económica para su disfrute. También proyecta la acción social al terreno de la educación, las viviendas protegidas y demás sectores del Estado de bienestar<sup>73</sup>. El modelo adoptado, acorde con la ideología dominante, se sustenta en el trabajo del varón y su protección legal, mientras relega al universo femenino al rol tradicional de las tareas familiares y domésticas. El poder público, a través de una Administración especializada, centraliza la gestión económica y sanitaria de la Seguridad Social y busca extender sus prestaciones a toda la población. Se trata de un proceso sin marcha atrás, desarrollado por la legislación positiva y materializado a saltos, con etapas de nítidos avances y otras de estancamiento. No obstante, el hecho de sustentar la financiación en las contribuciones de los afiliados, con escasas transferencias del Estado, refuerza un sistema muy fragmentado, con un régimen general y varios especiales, y una administración bipolarizada entre la Seguridad Social y las mutualidades laborales.

La Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972 se encarga de expandir la protección social, especialmente en las pensiones de jubilación, los subsidios de desempleo y las compensaciones por enfermedad. La vinculación de las contribuciones de los afiliados a los salarios reales sustituye a la escala de categorías profesionales al uso, con el consiguiente disparo del gasto. De la progresiva generalización de las prestaciones, que aumentan cuantitativa y cualitativamente (mayor variedad y especialización) dan fe las cifras. Si en los años treinta la población protegida en España se estima, a lo sumo, en 2 millones de personas, en 1950 supera los 9 millones, en 1970 son más de 26 y en 1975 roza los 29, lo que rebasa el 80 % del censo total<sup>74</sup>. El

---

73. Vid. DEL CAMPO, 1994; BARRADA RODRÍGUEZ, 1999.

74. RULL SABATER, 1977, pp. 24-25; y FUNDACIÓN FOESSA, 1983, pp. 805 y ss.

resultado final de esta política social es la construcción de un sistema de bienestar de corte corporativista, con una fragmentada administración y desigualdades en función de las circunstancias laborales.

En conclusión, de lo expuesto se deduce que el sistema de previsión social en la España anterior a 1978 se caracteriza por estar dirigido a los trabajadores y personas de ellos dependientes, financiado principalmente por contribuciones y muy fraccionado en términos de organización y gestión. Se trata, por tanto, de un modelo profesionalista y macroinstitucional cuya construcción, desde finales del siglo XIX, se realiza de forma incremental, con diferentes ritmos hasta desembocar en un sistema público de garantía de ingresos, atención sanitaria y servicios sociales personales. El modelo universalista no se conseguirá hasta la consolidación de la democracia, una vez superadas las crisis económicas y la prioridad de las reformas políticas consustancial a la Transición.

### 3. HISTORIA Y DERECHOS SOCIALES\*

La apretada síntesis de los antecedentes de la protección social (el término es pertinente e intencionado, pues históricamente no hay derechos sociales en sentido jurídico hasta 1978) en España nos permite llegar a las siguientes conclusiones, útiles para un más correcto enfoque del resto de la obra:

- a) Los derechos sociales son un problema tan antiguo, al menos, como el Estado constitucional (punto de arranque de nuestra síntesis), pero poco atendido en el contexto de un planteamiento, dominante a lo largo de todo el siglo XIX y de parte del XX, básicamente burgués y liberal<sup>75</sup>. En España, el poder político ha ido concediendo derechos sociales (en el sentido amplio del término, no en su sentido actual) de forma intermitente, por razones de conveniencia y para dar satisfacción a las demandas de cada momento, casi siempre, en

---

\* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

75. Con buenos argumentos y para un contexto más general, PISARELLO (2007, pp. 19 y ss.) ha demostrado la falsedad (al menos parcial) de la tesis de la aparición tardía (las «generaciones de derechos») de los derechos sociales. Como reivindicaciones, existen desde el comienzo y casi también desde los inicios del siglo XIX cabe apreciar (aunque en España tal vez menos que en otros países) logros aislados de positivación. Ciertamente, la positivación se produce a nivel legal, pero este dato no es especialmente relevante, teniendo en cuenta que, como es sobradamente conocido, hasta 1931 la Constitución en España fue más un documento político que una norma jurídica propiamente dicha; en términos de Cánovas, «una ley como cualquier otra».

*Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

todo caso, con una óptica predominantemente paternalista<sup>76</sup>. Ello no quiere decir que los derechos sociales sean menos importantes que los derechos liberales (de hecho, los primeros son reivindicados con mayor fuerza que los segundos); lo único que la Historia pone de manifiesto es más bien que el poder político (recuérdese, un poder político no democrático y dominado por la burguesía, salvo entre 1931 y 1936) les ha otorgado menos importancia<sup>77</sup>. Para nosotros, resultan más significativas las reivindicaciones persistentes de la mayoría (el poder constituyente postergado) que la actuación histórica de un poder político concreto<sup>78</sup>.

- b) En distintos momentos de la Historia española se produjeron algunos avances, casi siempre coyunturales y débiles, en materia social, sin que la Constitución los impusiera de manera expresa (de ahí que los textos respectivos no hayan sido primariamente tomados en consideración en el apartado anterior), mucho menos bajo la forma de derechos subjetivos. Esta circunstancia prueba dos cosas: primero, que puede avanzarse política e incluso legalmente en la igualdad material pero que cualquier avance sin previo sustrato constitucional es insatisfactorio y mudable (sólo la Constitución puede garantizar la estabilidad y aproximarse a una satisfacción razonable de las demandas sociales); y segundo, que puede avanzarse algo, aunque poco, en la igualdad material sin necesidad de acudir a la técnica del

---

76. *Vid.* la acertada síntesis de VAQUER CABALLERÍA, 2002, pp. 47 y ss. Asimismo, PISARELLO, 2007, pp. 28-30, quien en relación con el modelo dominante en la España contemporánea afirma que los derechos sociales «aparecían reducidos a mandatos políticos o a normas de efecto indirecto, cuya función principal era la de habilitar intervenciones legislativas en esferas que el constitucionalismo liberal vedaba de forma radical. Pero no adquirieron el estatus de auténticos derechos subjetivos, exigibles ante los tribunales, ni generaron mecanismos de control social que permitieran moderar la tendencia de las sedes legislativas y administrativas a autoprogramarse y a dejarse colonizar por poderes burocráticos y mercantiles de diverso signo».

77. Pese a ello, no coincidimos del todo con LAPORTA cuando viene a afirmar (2004, pp. 302-304) que la Historia resulta irrelevante para determinar el concepto y el fundamento actual de los derechos sociales. A nuestro entender, la Historia resulta útil (aunque en parte y con cautelas y matizaciones) precisamente para ambas tareas, no quizás para las demás, más propias y exclusivas de la dogmática jurídica.

78. En el apartado anterior nos centramos en la Historia de los hechos, con sólo breves referencias tangenciales a la Historia de las ideas. Si así lo hicimos, fue por entender que las ideas (sobre todo, las procedentes del campo socialista, que sin duda fueron las más importantes) tuvieron escasa incidencia real en el plano constitucional, salvedad hecha, claro está, de 1931. Esta tradición, sin embargo, no se pierde y es retomada en el momento constituyente, como en su momento veremos (*infra*, IV, 4.3.3). Para un análisis pormenorizado resultan fundamentales las aportaciones de MONEREO PÉREZ (1999) y MONEREO ATIENZA (2007), a las que remitimos *in totum*.

derecho subjetivo. Es decir, la Historia muestra la importancia de las garantías sociales (valga la redundancia) y colectivas de los derechos sociales, algo que la dogmática de los derechos sociales tiene bien en cuenta incluso hoy: no sólo jurídica e individualmente puede lucharse por los derechos sociales (*infra*, V). Ahora bien, también la Historia muestra la fragilidad de las conquistas conseguidas al margen de la Constitución.

- c) En España el Estado social, como tantos otros elementos del Estado constitucional contemporáneo, llegó tarde. En otros países europeos, con Constitución o sin ella, los avances fueron anteriores. En realidad, ninguna Constitución española se preocupó en serio de la materia hasta 1931. Aun así, el texto republicano apenas llegó a configurar derechos subjetivos y el incipiente Estado social se concretó más bien en forma de mandatos a los poderes públicos y desde la óptica predominante de Derecho del trabajo<sup>79</sup>. Esta circunstancia explica en parte la falta de tradición dogmática española en materia de derechos sociales (los constitucionalistas carecían de objeto de estudio), y quizás también la inercia de gran parte de la doctrina actual.
- d) En 1978 se produce una transformación radical de la concepción constitucional de los derechos sociales. Existe sin duda una continuidad ideológica con 1931, pero el cambio en la configuración jurídica parece demasiado radical: el Estado social (no ya Estado de bienestar, *infra*, III, 2.4) se toma realmente en serio, pues en 1978 los derechos sociales se presentan, expresamente, como derechos subjetivos de todos los ciudadanos y no sólo de los trabajadores y se dibuja un horizonte programático bien claro, que apunta con mayor seguridad hacia el futuro. Por ello, el análisis del problema desde 1978 debe partir prácticamente de cero. Si el texto implica una innovación de este calado, la Historia no sirve para interpretarlo. Al menos desde la dogmática constitucional, la referencia a los antecedentes previos dificulta más que ayuda al análisis. La alusión del artículo 3.1 CC (norma, no se olvide, infraconstitucional) a los «antecedentes históricos y legislativos» debe por tanto tomarse con cautelas en nuestro ámbito de estudio. La llamada interpretación histórica, de por sí poco conveniente en materia constitucional<sup>80</sup> (por cuanto toda Constitución implica en esencia un pacto fundacional, una ruptura

---

79. El caso español no es aislado sino el dominante en la Historia durante al menos la primera mitad del siglo XX; al respecto, ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, esp. pp. 33 y ss.

80. Buenos argumentos en contra de la interpretación histórica de la Constitución en ALONSO GARCÍA, 1984, pp. 153-159.

*Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*

---

con el pasado), sólo serviría, en su caso, para dos cosas: comprender el desarrollo hacia delante de los derechos sociales<sup>81</sup> (a vista de pájaro, la Historia da muestras, pese a los altibajos, de una mejora permanente de las condiciones de vida y de la creciente implicación de los poderes públicos en ella), dando así argumentos al principio de progresividad (*infra*, IV, 4.2.4) y para destacar la necesidad de romper con el pasado, de concebir los derechos sociales de una forma completamente nueva, superando las inercias de una dogmática construida sobre una realidad normativa del todo diferente<sup>82</sup>.

- e) El peso de la inercia es difícilmente evitable pero como constitucionalistas no podemos renunciar a luchar contra él. En la práctica (a veces también en la práctica de la dogmática jurídica) incide todavía más la tradición de la protección social paternalista (dominante, como hemos visto, en la España contemporánea) que las exigencias derivadas de la innovación producida por la CE, la cual sin duda (y en esta obra se demostrará reiteradamente este aserto) reconoce derechos sociales jurídicamente exigibles. En el fondo, detrás de estas inercias, más que un problema ideológico (que en parte también), se encuentra la dificultad de interiorizar las sabias intuiciones del primer constitucionalismo francés<sup>83</sup> (el carácter directivo de la Constitución<sup>84</sup>), de tomarse realmente en serio el principio del Estado social (con la mutación que introduce sobre el Estado liberal de Derecho<sup>85</sup>) y la función programática de la Constitución<sup>86</sup>. Por

---

81. En este sentido podríamos aplicar a nuestro tema las afirmaciones de ZAGREBELSKY (2005, p. 91): «Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se podría decir: pasado y futuro se ligan en una única línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional».

82. Lo que se denomina uso dinámico del argumento histórico, bien explicado por EZQUIAGA GANUZAS (1987, pp. 347 y ss.), en su vertiente de «alcance interpretativo al cambio de ciertas circunstancias respecto de la legislación anterior sobre la misma materia». EZQUIAGA cita al respecto las SSTC 27/1982, 42/1982, 51/1982, 67/1982, 38/1983, 42/1983, 67/1983 y 110/1984. Por su relevancia para nuestro tema destacamos la STC 42/1982, en la cual el Tribunal Constitucional defiende la necesidad de interpretar el derecho a la asistencia letrada en términos diferentes a los propios de la legislación anterior, dada la consagración constitucional del Estado social de Derecho.

83. Para los detalles, GARCÍA MANRIQUE, 2008, pp. 219 y ss.

84. Así, FIORAVANTI, 1998, pp. 127 y ss. o GRIMM, 2006, esp. pp. 159 y ss.

85. Así, BALDASSARRE, 1997, esp. pp. 138-139.

86. Al final, como ya hemos adelantado en este mismo capítulo, el punto nuclear es la teoría de la Constitución que se adopta, expresa o implícitamente, como presupuesto,

ello, en coherencia con la necesidad de explicitar la *precomprensión* implícita en esta obra y sin perjuicio de las necesarias precisiones posteriores, desde un comienzo reivindicamos, frente a la Historia, el papel de la Constitución como borrón y cuenta nueva, ruptura con el pasado y punto de partida de una nueva tarea colectiva.

lo que de manera necesaria implica escoger cuál de las funciones de la Constitución ha de ser (la concepción es normativa, no descriptiva) considerada prevalente. A este respecto, la tesis de DE OTTO (1988, pp. 41-49) nos parece que debe ser traída a colación, por el prestigio del autor y porque DE OTTO ha pasado a la Historia de la dogmática española (quizás injustificadamente) como jurista inmune a la contaminación valorativa. Pues bien, 23 años después de una primera lectura, consideramos ahora que DE OTTO, quien criticó con contundencia la función programática de la Constitución, exageró incorrectamente sus consecuencias (hizo uso del argumento de reducción al absurdo; p. ej., p. 44: «La Constitución [...] se transforma *toda ella* en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites que la Constitución impone, sino que es "desarrollo" de la Constitución, del programa que la Constitución contiene» –cursivas nuestras, GE–; o p. 44: la función programática «resulta difícilmente compatible con la necesaria estabilidad de la Constitución») y ello hasta el punto de negar de plano la literalidad del texto mismo (el dominio de la *precomprensión* sobre la norma nos parece aquí evidente, y contrario, curiosamente, al positivismo). A nuestro juicio, la CÉ implica, en palabras del propio DE OTTO un «cambio en el modo mismo de entender la función de la norma constitucional» (p. 44) y la dogmática debe ser coherente con dicho cambio, pese a sus posibles consecuencias adversas (correctamente, LÓPEZ PINA, 1996, p. 24), como dejan bien patentes las referencias anteriores a autores del prestigio de BALDASSARRE, FIORAVANTI, FERRAJOLI o GRIMM. Si resulta necesario para destacar el contraste con posiciones como las defendidas por DE OTTO, mantenemos que la función social de la Constitución es, al menos, tan importante como la función liberal y democrática. Como el tema es central, volveremos sobre él en otros lugares de esta obra, y especialmente en *infra*, III, 2.4.2 e *infra*, IV, 4.3.3.