

METODOLOGÍA «FUZZY» Y «CAMALEONES NORMATIVOS» EN LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

José Joaquim Gomes Canotilho*

Universidad de Coímbra

SUMARIO: 1. *Decodificación de la provocación y propuesta de lectura.* 1.1 Propuesta metodológica-«rotación» y «traslación» de los derechos económicos, sociales y culturales. 1.2 La intranquilidad discursiva actual y la decodificación de la provocación. a) La «metodología fuzzy». b) Los «camaleones normativos». c) La introversión estatal de la socialidad. 2. *Las paradojas de los derechos económicos, sociales y culturales.* a) El discurso «duplo y «dúplice» en torno a los derechos económicos. b) Proposición interpretativa y argumentación razonable. c) La «dependencia legal» de los derechos constitucionales sociales. 3. *«Diabolicum perseverare»: la bondad constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales.* a) La libertad igual. b) Reserva de «financiación» o de «cajas financieras». c) Estructura de las pretensiones jurídico-constitucionales y reserva de las arcas financieras. d) Gradación de la realización de los derechos sociales e irreversibilidad social. 4. *El camino de la desintroversión y de la subsidiariedad.*

1. DECODIFICACIÓN DE LA PROVOCACIÓN Y PROPUESTA DE LECTURA

1.1 Propuesta metodológica-«rotación» y «traslación» de los derechos económicos, sociales y culturales



UESTRA propuesta en este coloquio va a tener como eje retórico-argumentativo el punto de partida siguiente: (1) Los derechos económicos, sociales y culturales, en su cualidad de derechos fundamentales, deben (2) regresar al espacio jurídico-constitucional y (3) ser considerados como elementos constitucionales esenciales de

* Traducción de Francisco J. Astudillo Polo.

una comunidad jurídica bien ordenada. El punto de partida al que acabamos de referirnos puede dividirse en tres afirmaciones:

1. Los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales han sido descuidados en la dogmática jurídico-constitucional y transferidos a las teorías de la justicia, a las teorías de la fundamentación, a las teorías de la argumentación y a las teorías económicas del derecho.

2. La dislocación de la retórica discursiva a otros planos teóricos y teóricos han contribuido a la afirmación de teorías generales de los derechos fundamentales de incuestionable sofisticación científico-conceptual, pero, simultáneamente, las metateorías sobre derechos, generan una «capitulación-resignación» de su régimen garante y protector a nivel jurídico-constitucional.

3. Los signos de saturación de la dogmática de los derechos de prestación conducen a inquietantes sugerencias intencionalmente dirigidas a la exclusión de estos derechos del discurso normativo-constitucional.

En términos más sintéticos, podríamos decir que la estrategia discursiva insinuada y que vamos a defender no se aparta mucho de aquella que, con fórmulas incisivas, se encuentra expuesta en una conocida obra colectiva sobre derechos humanos:

«To classify human rights discourse as a form of rhetoric is not disparaging in itself. Rhetoric may be regarded as the act of expressing in linguistic form, thoughts and feelings in ways which most efficaciously communicate them to others. Its object is persuasion and its method is argumentation rather than deliberate manipulation. It seeks to convince, but not to deceive»¹.

No basta, sin embargo, argumentar y convencer. Es necesario cimentar jurídicamente –y no únicamente como imperativo moral!– el estatuto jurídico-constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales. Todos estaremos de acuerdo en que no hay hoy, en el espacio comunicativo de las ciencias sociales, discursos más convincentes que aquellos que nos han sido presentados bajo el hábito de una teoría de la justicia como la brillantemente expuesta por Rawls en la *Theory of Justice* o en su más reciente libro *Political Liberalism*. Parece que no existen grandes dudas sobre el valor de la *mise au point* dogmática llevada a efecto en sede de la teoría del derecho por R. Alexy y modelarmen-

¹ Cfr. TH CAMPBELL, «Introduction: Realizing Human Rights», in T. CAMPBELL/D. GOLDBERG/S MC LEAN/T. MULLEN, *Human Rights: from rhetoric To Reality*, Oxford-New York, 1986, p. 155.



te desarrollada en la *Theorie der Grundrechte*. Pero habremos de convenir que la problemática jurídica de los derechos sociales se encuentra en una posición desalentadora. Algunas paradojas, algunas fragilidades metódicas y metodológicas y algunas precompresiones, dificultan hoy la tarea de todos aquellos que procuran la articulación entre normatividad y eficacia a través de un discurso jurídico-constitucional moralmente reflexivo, en la línea de algunas propuestas avanzadas por J. Habermas en su reciente obra *Faktizität und Geltung* (J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1992).

1.2 La intranquilidad discursiva actual y la decodificación de la provocación

a) La «metodología fuzzy»

Como todos saben, «fuzzy» significa en inglés «cosas vagas», «indistintas», indeterminadas. Algunas veces, el estilo «fuzzysta» apunta hacia el gesto del individuo ligeramente embriagado. A nuestro modo de ver, recae sobre la dogmática y la teoría jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, la carga metodológica de «vaguedad», «indeterminación» e «impresionismo» que la teoría de la ciencia viene apodando, en términos algunas veces, caricaturescos, bajo la designación de «fuzzysmo» o «metodología fuzzy»². En honor a la verdad, este peso retórico es hoy común a casi todas las ciencias sociales. Con todo su radicalismo, la censura de «fuzzysmo» lanzada a los juristas significa básicamente que ellos no saben de qué están hablando cuando abordan los complejos problemas de los derechos económicos, sociales y culturales. Significa, por lo menos, que se habituarán a trabajar con conceptos vagos e inciertos y sólo si sienten la voluntad en la vaguedad e imprecisión de los conceptos. Así, por ejemplo, cuando se insiste en las fórmulas emancipatorias del derecho «al empleo» o al «trabajo», ¿traspasarán los juristas las metanarrativas de la modernidad sobre la liberación del sujeto histórico? ¿Al abordar el «derecho a la universidad» tenemos, nosotros, constitucionalistas, alguna idea sobre la estructura de la búsqueda de trabajo o de la bolsa de empleo? Cuando insistimos en los nuevos derechos sociales de las minorías

² Cfr. BART KOSKO, *Fuzzy Thinking*, 1994, Flamingo. En Portugal cfr., por ejemplo, F. CORREA GUEDES, *Virus, Sida e Sociedade Humana*, Lisboa, 1995, pp. 20, 24 y 500.

populares como, por ejemplo, los de los individuos seropositivos (esto es, enfermos de SIDA), ¿sabemos que cada individuo terminal gasta en los dos últimos años de la enfermedad algo así como doce millones de escudos al año, el equivalente a un apartamento de dos pisos? Cuando proclamamos el indeclinable derecho a la seguridad social, ¿tenemos las nociones mínimas sobre el régimen de pensiones y sobre la ingeniería financiera de distribución del financiamiento de las generaciones futuras? No se entienda de estas palabras y estas interrogaciones «que se toma a Nuvem por Juno». La provocación es menor de lo que parece: a un jurista «antropológicamente amigo» de los derechos económicos, sociales y culturales, no le es posible permanecer indiferente ante el desafío de los paradigmas de la ciencia dominantes hoy en día –los paradigmas *neurobiologistas*–. Si Maturana y Varela no impiden la transposición de los esquemas *autopoieticos* hacia el derecho a través de la sofisticada mano de Luhmann, ahora, la neurobiología afirmaría sin tapujos el «error de Descartes» y nos colocaría en presencia del axioma contrario. Si el hombre del *Discurso del Método* proclamaba cartesianamente «pienso, luego existo», ahora los partidarios de la teoría de la ciencia (como el médico portugués radicado en los Estados Unidos, Antonio Damasio) sugieren el camino contrario: «existo, luego pienso». Si para pensar es preciso existir, a los juristas les falta un «código genético» para, de forma rigurosa, mostrar una existencia jurídica, económica, social y cultural. ¿Será así? Nos gustaría conocer los «outputs» y los «feedbacks» del coloquio al que se destina este «paper».

b) *Los «camaleones normativos»*

Pero si, en lo que respecta al indeterminismo «fuzzy», los juristas acompañan a la acusación crítica lanzada sobre todas las ciencias sociales, es importante reconocer, en los mismos estrictos parámetros jurídico-dogmáticos, que los derechos sociales aparecen envueltos en cuadros pictóricos donde el recorte jurídico cede el lugar a normativas faltas de claridad. Y aquí es donde surge el «camaleón normativo». La expresión no es nuestra. Fue utilizada por el conocido constitucionalista alemán J. Jensee hace más de quince años³. Con ella pretendía señalar la inestabilidad e imprecisión normativa de un *sistema jurídico abierto* –como el de los derechos sociales– ya a contenidos normativos inmanentes al sistema (*System-inmanente*), ya a contenidos normativos trascendentes al mismo sistema (*System-transzendente*). Esta indeterminación

³ Cfr. J. JENSEE, en *Der Staat* 19 (1980), p. 377.



normativa explicaría, en gran medida, la confusión entre *contenido* de un derecho jurídicamente definido y determinado y *sugestión de contenido*, sujeta a modelaciones político-jurídicas cambiantes. En otras palabras: el «transformismo normativo» dará lugar al tránsito de un discurso jurídico riguroso, centrado en categorías como los «derechos subjetivos» y los «deberes jurídicos», hacia un *discurso político-constitucional* basado en programas concretizadores de «principios rectores» y de directivas políticas. Veremos que este discurso tiene algún eco –y justificado– en la frecuente confusión entre derechos sociales y políticas públicas de derechos sociales.

c) *La introversión estatal de la socialidad*

La problemática de los derechos sociales soporta también el peso de una construcción de la sociedad excesivamente *introvertida*. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales se conciben, en el ejemplo de la intersección socialista/keynesiana, como *derechos a prestaciones* cuyo titular pasivo es el Estado que, a su vez, impone el pago autoritario y coactivo de los impuestos destinados a satisfacer las demandas prestacionales de los ciudadanos. Se resaltan, a continuación, los trazos de esta *introversión*:

1. Los derechos sociales implican el *deber* del Estado de proveer las prestaciones correlativas al objeto de estos derechos;
2. Los derechos sociales postulan esquemas de *universalidad*: el Estado garantiza y paga determinadas prestaciones a algunos ciudadanos.
3. Los derechos sociales eliminan la *reciprocidad*; o sea el esquema de trueque entre los ciudadanos que pagan y los ciudadanos que reciben, puesto que la mediación estatal disuelve en la burocracia prestacional la visión de los actores y la eventual reciprocidad del trueque.

Ya se trate de una «barrera mental» (*Denkbarriere*) como sugiere Haverkate⁴, ya se trate de un «defecto de perspectiva», hay hoy un sentimiento difuso –pero no ideas claras– de que la *dinamización* de los derechos sociales pasa por una *des-introversión* del esquema jurídico de las relaciones de prestación. Quien paga no es el Estado: son unos ciudadanos que contribuyen («los contribuyentes», los «tomadores de encargos», los «pagadores de prestaciones») y son otros los ciudadanos que reciben (los «beneficiarios», los «tomadores de prestaciones»). Esto es sabido y no pasa de una verificación banal. En

⁴ Cfr. HAVERKATE, *Verfassungsglebre*, 1992, p. 282.

el discurso sobre los «derechos sociales» la relación prestacional ha sido ocultada en un unilateral *deber de socialidad* del Estado y justificada en su fría impersonalidad a través de varios principios técnico-financieros como por ejemplo, el principio de no afectación de ingresos.

Es tiempo, por tanto –sostienen algunos autores– de rebuscar en los textos normativos consagradores de derechos sociales y descubrir los contornos de la *reciprocidad concreta* y del *balanceo ad bac de los derechos sociales*. Esta idea de reciprocidad concreta fue intuita por los estudiantes universitarios cuando en el «caso de las propinas» (esto es, «tasas», «contribuciones», «precios» pagados por los estudiantes usuarios de los establecimientos de enseñanza superior) un núcleo de «estudiantes contestatarios» deseaba condicionar el pago de las «propinas» a la afectación de los ingresos de ahí resultantes. Concretamente, los ingresos habían de destinarse a la concesión de bolsas de estudio y al perfeccionamiento de los servicios sociales (residencias de estudiantes, salas de lectura). De una forma eventualmente *naïf*, se pone en duda el principio de la no afectación de ingresos, pero, sobre todo, se intuye una cuestión nuclear del «Estado de prestación» –la de ser un Estado sumergido en la «soledad solidarista». La distribución de prestaciones es, todavía, una *cuestión de poder* del Estado interventor asentado en estructuras de unilateralidad de los servicios públicos. Ahora, cada vez más, el problema de la «distribución de ingresos» se reconduce a una *cuestión de reciprocidad* concreta: ciudadanos de carne y hueso (y no un número de contribuyente) quieren saber por qué pagan y cuál es el rostro humano visible (y no el «beneficiario digitalizado») beneficiario de las prestaciones⁵. En el fondo se cuestiona si el *principio de universalidad* de los derechos sirve aquí, o si vale en la misma medida en que vale para los derechos individuales, civiles y políticos.

2. LAS PARADOJAS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Otro tipo de problemas que oscurecen la rehabilitación jurídico-constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales se desprende de aquello que denominaremos aquí, a falta de otra denominación, como «paradojas».

⁵ Sobre la construcción de una *Verfassungsglebre* (teoría de la Constitución) asentada en esta idea de la reciprocidad concreta cfr. HAVERKATE, *Verfassungsglebre*, cit., pp. 257 y ss.



a) *El discurso «duplo» y «dúplice» en torno a los derechos económicos, sociales y culturales*

Quienes estuvieron mínimamente atentos al reciente desarrollo de las relaciones entre el *constitucionalismo global* y el *constitucionalismo nacional*⁶ no podrán abandonar su intriga frente al *doble discurso de las naciones en torno a los derechos económicos, sociales y culturales*. Un número significativo de Estados se han adherido a los grandes tratados internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales (Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta Social Europea, etc.), de tal manera que parece existir una *communis opinio* internacional sobre la bondad jurídico-material de estos derechos. Todavía, incluso la doctrina abierta a la recepción automática del derecho internacional en el orden jurídico interno, coloca numerosos obstáculos tanto a la dignidad constitucional de estos derechos, retomándose de forma más o menos encubierta la tesis «fhorsthofiana» de la «reserva de la administración» en cuanto a las prestaciones sociales, como a su autonomía en relación con los principios directivos de la política económica, social y cultural. He aquí la primera paradoja: «bondad» fuera de las fronteras; «maldad» dentro de las fronteras constitucionales internas. Si tuviéramos en cuenta las recientes discusiones entabladas a propósito de la revisión de la Grundgesetz, donde el tránsito de la *Sozialstaatslichkeitsklausel* hacia un catálogo de derechos económicos y sociales merece una enérgica desaprobación, y la desconfianza manifestada por algunas de las recientes constituciones de los países del Este (la Constitución de Polonia por ejemplo) frente a este tipo de derechos, arraigaría con más fuerza la idea de paradoja. La evolución de los derechos fundamentales sociales en el sentido de formalización y constitucionalización como una etapa *positiva de positivación* –evolución de los *derechos humanos* hacia *derechos fundamentales*– se muestra hoy neutralizada por las obsesivas críticas a la *crisis del Estado social*. Casi, podría decirse que, en el plano interno, los derechos económicos, sociales y culturales regresan al lecho universal más transpositivo de los *derechos humanos*, abandonando el acogimiento jurídico-positivo de *derechos fundamentales*.

b) *Proposición interpretativa y argumentación razonable*

Una segunda paradoja reside en los efectos negativos derivados de la «aproximación absolutista» al significado jurídico de los derechos sociales.

⁶ Cfr., por ejemplo, ALLEN ROSAS, «State Sovereignty and Human Rights: toward a Global Constitutional Project», en *Political Studies*, vol. XLIII (1995), pp. 67 y ss.



Esta «aproximación absolutista» consiste en confiar en la simple interpretación de normas consagradoras de los derechos sociales para, a través del procedimiento hermenéutico de la atribución del significado a enunciados lingüístico-normativos, deducir la *efectividad* de los mismos derechos. Los resultados a que se llega no son *razonables* ni *racionales*⁷ y acaban por producir efectos contrarios a los pretendidos. Así, por ejemplo, decir que el «derecho a tener casa» es el «derecho a tener y estar en la universidad» son dimensiones del «mínimo social» postulado por la dignidad de la persona humana y derivar el «derecho a la vivienda» como un resultado de la interpretación del precepto constitucional garantizador de este derecho, únicamente puede tener como consecuencia la capitulación de la «validez» de las normas constitucionales frente a la facticidad económico-social.

c) *La «dependencia legal» de los derechos constitucionales sociales*

La tercera paradoja sería ésta: desde el punto de vista jurídico-constitucional y jurídico-dogmático, los «derechos sociales» están hoy en la misma situación en que estaban los derechos, libertades y garantías individuales hace más de cincuenta años. Si, en esa época, la conocida «teoría de la reglamentación de las libertades» implicaba que la eficacia de los derechos individuales dependiese de la *interpositio legislatoris*, también ahora se insiste en que el legislador tiene una completa libertad de conformación y, por ello, sin la intervención constitutiva de la ley «no existen» derechos sociales. El viraje condensado en la conocida fórmula «no son los derechos fundamentales los que se mueven en el ámbito de la ley, sino la ley la que se mueve en el ámbito de los derechos fundamentales» no puede, a nuestro modo de ver, moverse de plano hacia el dominio de los derechos económicos, sociales y culturales, porque ello se traduciría en admitir sin reticencias la *aplicabilidad inmediata* de estos derechos, tesis que ni el *approach* más absolutista osará defender. Sin embargo, los resultados de esta dependencia legal de los derechos sociales no dejan de ser desconsoladores. Los derechos sociales no son más que pretensiones legalmente reguladas. El legislador determina lo que es un derecho social pero él no está vinculado a los derechos sociales⁸.

⁷ Estamos, evidentemente, sugiriendo algunas ideas cogidas de la teoría de la argumentación. Cfr. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable-A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987

⁸ Cfr. HAVERKATE, *Verfassungslehre*, cit., p. 279.

3. «DIABOLICUM PERSEVERARE»: LA BONDAD CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

Las consideraciones desarrolladas en los puntos 1 y 2 pusieron de relieve –así lo creemos– que el discurso en torno a los derechos sociales supera la prueba de la intersubjetividad científica y comunicativa si no se introducen algunos valores de racionalidad y razonabilidad en la teoría jurídico-constitucional. Intentaremos avanzar algunas propuestas de relectura dirigidas a engrosar la propuesta que avanzamos en el epígrafe 1.

a) *La libertad igual*

Es tal vez un *leitmotiv* superado aquel que sirve de abono para la *fundamentación*, para la *moralidad* y para la *reflexión* de los desarrollos subsiguientes. En nuestra «constitución esencial» (en sentido rawlsiano) asume carácter primario el *esquema relacional* entre derechos, libertades y garantías y derechos económicos, sociales y culturales. De una forma simple, puede decirse que, en general, los derechos y libertades individuales son indisociables de los *referentes* económicos, sociales y culturales. El paradigma de la libertad igual, razonable y racionalmente estructurado en términos de una *justicia* o de una *moralidad* normativo-constitucionalmente plasmada, presupone la existencia de un orden *jurídico-constitucional de reciprocidad*. Y este orden se asienta, sin subterfugios, en ideas ya trabajadas intensamente por los movimientos sociales: derecho a la vida e integridad física pero también derecho a cuidados y prestaciones aseguradoras de un cuerpo y espíritu sanos; derecho a la inviolabilidad del domicilio pero también derecho a «tener un hogar»; derecho a la libertad de elección de la profesión pero también derecho a tener un puesto de trabajo. Estos *referentes de reciprocidad* revelan nuestra *comprensión* y *pre-comprensión*. Si bien no significa que se pueda dispensar una criba analítico-reflexiva.

b) *Reserva de «financiación» o de «cajas financieras»*

Hoy, como ayer, los derechos económicos, sociales y culturales plantean un problema incuestionable: cuestan dinero, cuestan mucho dinero. Por ello, en los comienzos de la década de los setenta, P. Haberle formuló la idea de la

«reserva de las cajas financieras», para expresar la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado en la medida en que se trate de derechos a prestaciones financiadas con cargo a las arcas públicas⁹. En la misma línea, otro iuspublicista alemán, W. Martens, reforzaba esta idea a través de expresiones plásticas que hoy son repetidas hasta la saciedad en los manuales: «Los derechos subjetivos públicos susceptibles de realización sólo pueden ser garantizados en el ámbito de lo posible y de lo adecuado, y por este motivo se encuentran desprovistos de estatuto jurídico-constitucional»¹⁰. Desde entonces, la «reserva de lo posible» (Vorbehalt des Moglichem) logró centralidad dogmática hasta el punto de oscurecer cualquier intento de renovación en el capítulo de los derechos sociales. Pensamos que el esfuerzo analítico-reflexivo impone aquí una suspensión tendente a aclarar la interrogación: ¿qué significa, en realidad, «reserva de lo posible»? Podríamos ordenar las respuestas del siguiente modo:

1. «Reserva de lo posible» significa la total *desvinculación jurídica* del legislador en cuanto a la dinamización de los derechos sociales constitucionalmente consagrados.

2. Reserva de lo posible significa la «*tendencia hacia cero*» de la eficacia jurídica de las normas constitucionales consagradoras de los derechos sociales.

3. Reserva de lo posible significa *gradualidad* como dimensión lógica necesaria de la concretización de los derechos sociales, teniendo en cuenta, sobre todo, los límites financieros.

4. Reserva de lo posible significa *insindicabilidad* jurisdiccional de las opciones legislativas en cuanto a la densificación legislativa de las normas constitucionales reconocedoras de los derechos sociales.

Hay una dosis de verdad en todas estas afirmaciones, pero, al mismo tiempo, es necesario relativizarlas. Parece inequívoco que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales se caracteriza: (1) por la *gradualidad* de su realización; (2) por la *dependencia financiera* del presupuesto del Estado; (3) por la tendencial *libertad de conformación del legislador* en cuanto a las políticas de realización de estos derechos; (4) por la *insusceptibilidad de control jurisdiccional* de los programas político-legislativos, a no ser cuando éstos se manifiestan en clara contradicción con las normas constitucionales o cuando, manifiestamente,

⁹ Cfr. P. HABERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDSTRL, 30 (1972), p. 139.

¹⁰ Cfr. W. MARTENS, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDSTRL, 30 (1972), p. 31.

soportan dimensiones poco razonables. Reconocer estos aspectos no significa la aceptación acrítica de algunos «dogmas» contra los derechos sociales.

c) *Estructura de las pretensiones jurídico-constitucionales y reserva de las arcas financieras*

Un primer aspecto carente de reflexión enlaza con la repetida asociación de la *estructura jurídica* de los derechos sociales –*derechos a pretensiones jurídicas*– con la «reserva de las arcas financieras». Pero el *recorte jurídico-estructural* de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su *financiación*¹¹. Si estas dos dimensiones fuesen indisociables, entonces no se comprendería que ciertos derechos –como los derechos de acceso a los tribunales y de acceso al derecho– pudiesen ser considerados tranquilamente *derechos directamente aplicables* cuando, sin embargo, dependen de prestaciones estatales (tribunales, procesos, etc.). Y es que no basta –como hacen algunos autores¹²– con decir que «las consecuencias financieras de los clásicos derechos fundamentales de justicia (*Justizgrundrechte*) no los convierten en derechos a prestaciones». ¿Por qué? La respuesta sólo puede ser ésta: la «reserva de las arcas del Estado» supone problemas de financiación pero no implica el «grado cero» de vinculación jurídica de los preceptos consagradores de derechos fundamentales sociales. Parece existir aquí una especie de «manto de invisibilidad» que se traduce en apelar a la idea de *pretensiones de ayuda para la realización de los derechos de libertad*¹³ para definir las dificultades jurídico-dogmáticas de los derechos de prestación postuladas por la realización de algunos derechos de libertad. Sirva de ejemplo la libertad religiosa. El Tribunal Constitucional portugués admitió ser constitucionalmente incensurable la inclusión de la disciplina de la religión católica en los «currículum» de las Escuelas Superiores de Educación. Sólo que esa disciplina pretende, fundamentalmente, dar formación religiosa a profesores que, posteriormente, se convertirán en funcionarios públicos de la religión católica, cuando sean contratados en establecimientos de enseñanza pública. Quiero decir: el «suplemento» o «ayuda prestacional» que debiera ser siempre un elemento extraño a los derechos de libertad –por lo menos en la

¹¹ Véanse las consideraciones de R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 462

¹² Ver, por ejemplo, STARCK, «Staatliche Organization und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?», en *Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 2.º, 1976, pp. 480 y ss.

¹³ Este concepto –*Realisierungsghilfe*– no es nuevo y ya fue utilizado, por ejemplo, por E.W. BOKLENFORDE, en «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», en *NJW*, 1974, p. 1536.

lógica pura de las «teorías negativas»— se aloja en la dogmática de los derechos fundamentales bajo el manto diáfano de la «ayuda de realización» (*Realisierungshilfe*) en cuanto que los «suplementos prestacionales» de los derechos sociales se convierten casi en cuestiones fácticas, jurídicamente indefinibles¹⁴.

d) *Gradación de la realización de los derechos sociales e irreversibilidad social*

Las dos ideas que se expresan en el epígrafe han acompañado la discusión sobre los derechos sociales, pero, no obstante, parece que algo está cambiando en la comprensión del sentido de la *graduabilidad* y de la *no reversibilidad* de los derechos sociales.

La gradación está asociada, a veces, a la «dictadura de las arcas vacías», entendiéndose que ello significa la realización de los derechos sociales de conformidad con el equilibrio económico-financiero del Estado. Si esta idea del proceso gradual-concreto difícilmente puede ser contestada, no ocurre lo mismo con la sugerencia avanzada por algunos autores sobre la completa discrecionalidad del legislador presupuestario en cuanto a la actuación socialmente densificadora del Estado. La tesis de insindicabilidad de las concretizaciones legislativas o de la creación de derechos derivados de prestaciones por el legislador se asienta en el postulado de que las políticas de realización de derechos sociales se asientan en criterios exclusivos de oportunidad técnico-financiera.

Esta conclusión —formulada a menudo de forma encubierta— merece el aplauso de la generalidad de la jurisprudencia constitucional europea y de distintos sectores jurídico-culturales. La «gradualidad» y las «exigencias presupuestarias» estarán, como mucho, sujetas a un control jurídico de *razonabilidad* fundado en el *principio de igualdad*. En este sentido, los llamados *derechos de prestación derivados del principio de igualdad* no serían, la mayor parte de las veces, propiamente derechos o pretensiones a *prestaciones* legislativas iguales, pero sí derechos o pretensiones de defensa fundamentados en la violación del principio de igualdad¹⁵. Así, por ejemplo, los tribunales constitucionales al controlar la razonabilidad o la consecuencia de los plazos de caducidad o de pres-

¹⁴ Repárese que no estamos hablando del problema de las *pretensiones de protección* correlativas con el *deber de protección* por parte del Estado, en el caso del «derecho de defensa», que exigen protección del Estado frente a terceros. Cfr. a este respecto D. MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, pp. 125 y ss.

¹⁵ Cfr., fundamentalmente, G. LUBB-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechts*, 1987, pp. 232 y ss.



cripción en el ámbito de los derechos sociales (plazo para obtener la pensión de invalidez, plazo para que los herederos reclamen la pensión de viudedad), consideran que no se está aquí frente a problemas de «realización gradual» o de «cobertura financiera», más aún si se trata de garantizar derechos constitucionales sociales frente a *modalidades* de ejercicio manifiestamente restrictivas, sobre todo cuando éstas se comparan con las modalidades de ejercicio previstas para otros sujetos en condiciones idénticas. Subsiste, por tanto, el problema de saber si debemos detenernos aquí y considerar que el control de constitucionalidad se reduce a un *test de razonabilidad* o si, como se refiere la doctrina italiana, son admisibles *sentencias aditivas de prestaciones* por manifiesta deficiencia en la garantía del mínimo social¹⁶ (ejemplo: falta de proporcionalidad entre el nivel de las prestaciones de las pensiones y el tiempo y cualidad del trabajo prestado), sobre todo cuando el legislador en relación a otras situaciones iguales establece cálculos y montantes muy diferentes¹⁷.

Consideraciones paralelas podrían hacerse respecto del problema de la reversibilidad de las prestaciones sociales. El rígido principio de «no reversibilidad» o, en una formulación marcadamente ideológica, el «principio de prohibición de evolución reaccionaria» presuponía un progreso, una dirección y una meta emancipatoria y unilateralmente definida: el aumento continuo de las prestaciones sociales. No obstante, debe relativizarse este discurso que, nosotros mismos, enfatizamos en nuestros trabajos. La dramática aceptación de «menos trabajo y menos salario, más trabajo y salario para todos», el desafío de bancarrota de la seguridad social, el desempleo duradero, parecen apuntar hacia la insustentabilidad del principio de no reversibilidad social, sobre todo cuando la reversibilidad es condición indispensable de la garantía el núcleo esencial de estos derechos en relación al mayor número posible de destinatarios. Asimismo, aquí no hay razón para que los principios del Estado de derecho no valgan como principios contra eventuales irracionalidades legislativas. Así, por ejemplo, si el legislador goza de discrecionalidad política para alterar el régimen de seguridad social y de las pensiones, es cuestionable su libertad de conformación cuando las soluciones legislativas representen una desproporcionada y retroactiva afectación de derechos subjetivos (cantidades previsibles para las pensiones, tiempo de cálculo). Un ejemplo significativo sería la no admisión de la «*reformatio in pejus*» en cuanto al grado de invalidez de los trabajadores.

¹⁶ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, pp. 465 y ss.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, A. PIZZORUSSO, «Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi», pp. 271 y ss.

4. EL CAMINO DE LA DESINTROVERSIÓN Y DE LA SUBSIDIARIEDAD

En las consideraciones iniciales sugerimos el camino de la desintroversión y de la subsidiariedad como dimensiones a tener en cuenta en la postmodernidad del final de milenio.

En primer lugar, algunas motas en cuanto a la desintroversión. No es éste el lugar adecuado para retomar el tema de la crisis del Estado social. La experiencia portuguesa demuestra que la consagración acoplada de *derechos sociales* y de *políticas públicas sociales* puede originar problemas constitucionales complejos. Como seguramente es conocido, la técnica constituyente en Portugal se articuló en el sentido de orientar derechos sociales con *políticas de derechos sociales*. Derecho a la salud y política de realización de la salud con base en un servicio nacional de salud universal y gratuito; derecho a la enseñanza mediante una política de democratización de la enseñanza a través de la gratuidad progresiva de los distintos grados de enseñanza; derecho a la seguridad social con base en un servicio nacional y unificado de seguridad social. La jurisprudencia constitucional portuguesa, al pronunciarse sobre el problema de las «tasas moderadoras» de los servicios de salud y sobre la actuación de las propinas universitarias tuvo la ocasión de verificar que la constitucionalidad expresa de las *políticas de derechos sociales* podía disminuir la discrecionalidad del legislador, pero sería difícil compatibilizar a largo plazo las tendencias políticas del legislador en cuanto al sistema de prestaciones sociales y el esquema rígidamente cristalizado de las normas constitucionales. La *desintroversión* pasa, tal vez, por la *desconstitucionalización* de estas políticas sociales, pero no por la excomunión de los derechos sociales del nivel normativo-constitucional. Uno de los dominios en los que se asiste a un verdadero proceso de *subsidiariedad* y, por consiguiente, a un proceso tendencialmente autosustentado de desintroversión, es aquel que se refiere a las «autoayudas sociales» (*Autoself, Selbsthilfe*). Teniendo en cuenta los numerosos «grupos de autoayuda» espontáneamente formados en los distintos países («Alcohólicos anónimos», «Autoayuda a los ciudadanos con SIDA», «Sociedad de auxilio a los afectados por esclerosis múltiple», «Liga reumática», «Comunidad terapéutica de auxilio a los drogodependientes»), algunos autores avanzan hoy la idea de una «nueva subsidiariedad» en el campo de la política de realización de los derechos sociales¹⁸ de autoayuda y autoorganización en el terreno de la política de salud)¹⁹.

¹⁸ Cfr., por ejemplo, R. G. HEINZE (org.), *Neue Subsidiarität: Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik?*, 1986.

¹⁹ Cfr. B. BADURA/CHR. von FERBER, *Selbsthilfe und Gesundheitswesen*, 1981.

Si comprendemos bien estas propuestas «alternativas» de la autoayuda en el ámbito de concretización de los derechos sociales, ellas suplirán ora el cumplimiento de las «vacaciones» demasiado largas de falta de socialidad, ora la compensación de inadecuación de las estructuras burocráticas estatales (ejemplo: la ausencia del espacio comunicativo entre los alcohólicos y los drogadictos), o bien la reestructuración de los servicios estatales donde el «esquema unilateral» de la prestación sea sustituido por un gesto de reciprocidad entre ciudadanos. No parece tampoco transparente, bajo el punto de vista jurídico-constitucional y teórico-dogmático, la propuesta de comprensión/realización de los derechos sociales bajo el punto de vista de la «autoayuda». Los «grupos de «autoauxilio» reaccionan contra la «introversión estatal», «la frialdad de las estructuras», la «falta de emotividad de los burócratas», el «encierro de los ciudadanos en los túmulos de su propia existencia». En este sentido, los derechos sociales, se presentan como *derechos sociales negativos*. Sin embargo, la «nueva subsidiariedad» social exige espacios, dinero e instituciones para llevar a efecto la concretización/realización social de la autoayuda y el autoauxilio. Desde esta perspectiva, los derechos sociales se presentan como *derechos sociales positivos de prestación*.

Si salvamos algunos aspectos del «destruccionismo postmoderno» traducido en un automovimiento de grupos sin articulación como los subsistemas de derechos sociales, las «propuestas de autoayuda»²⁰ indican, en sectores obviamente limitados, un camino fértil para la recuperación del sentido de justicia inserto en los derechos sociales. La concurrencia práctica de la subsidiariedad realizada por grupos de sociedad civil, de la reciprocidad visible entre las personas, de la complicidad jurídico-constitucional social de los entes públicos, permite vislumbrar algo de «imaginación» en el discurso ya saturado de los derechos y políticas sociales.



²⁰ Cfr., por todos, B. RUNGE/F. VILMAR, *Handbuch Selbsthilfe*, 1988, pp. 260 y ss.