

# SOBRE EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

**Jaime Rodríguez–Arana Muñoz**

Catedrático de Derecho administrativo

Director del grupo de investigación de Derecho público global  
Universidad de A Coruña

Recepción: 15 de abril de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 3 de junio de 2015

**RESUMEN:** La cláusula del Estado social ha sido interpretada desde las coordenadas del pensamiento único, estático y unilateral, precisándose nuevos enfoques más humanos en consonancia con la centralidad y capitalidad del principio de la suprema dignidad del ser humano. En este sentido, se estudia el concepto de los derechos fundamentales de la persona en sus versiones individuales y sociales planteando la conveniencia del uso del concepto de la libertad solidaria.

**PALABRAS CLAVE:** Estado social; Dignidad humana; Constitución social; Derechos fundamentales; Democracia; Gobierno y Administración pública; Jurisprudencia.

**ABSTRACT:** The clause of the welfare state has been interpreted from a static, one-sided, single thought point of view. New and more human approaches are required, in line with the centrality and primacy of the principle of supreme dignity of human beings. In this respect, the study focuses on the concept of the fundamental rights of people in their social and individual versions, raising the issue as to the advisability of using the concept of solidary liberty.

**KEYWORDS:** Welfare state; Human dignity; Social constitution; Fundamental rights; Democracy; Government and Public Administration; Jurisprudence.

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales sociales son derechos fundamentales de la persona que requieren ordinariamente de una acción positiva de los Poderes públicos para su realización. Ordinariamente porque si la sociedad articulada dispone de la vitalidad y medios suficientes para proveer lo necesario para atender estos derechos entonces la acción del Estado sería innecesaria aunque la realidad acredita, en una parte importante del globo, que la intervención pública es clave en esta materia, también porque poco a poco el mismo Estado ha ido ahogando y sustituyendo, en un contexto de dominación y control ajena a las más tibias expresiones de la subsidiariedad, las posibilidades reales de la acción social.

Se pueden denominar estos derechos como derechos fundamentales sociales o también derechos sociales fundamentales porque se trata de derechos de titularidad personal que atienden a la dignidad de las condiciones de vida de las personas.

En la teoría de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), los derechos sociales fundamentales serían aquellos derechos sociales que precisan acciones positivas de los Poderes públicos para garantizar una vida digna de la condición humana. Existen unos derechos sociales fundamentales de mínimos que sirven de presupuesto para la progresión y promoción de estos derechos en el bien entendido de que en esta materia rige el criterio de la prohibición de la regresión salvo en casos muy excepcionales a los que debe acompañar una serie de rigurosos y exigentes requisitos que ciertamente es muy difícil que se puedan acreditar.

Por tanto, no todos los denominados DESC serían derechos sociales fundamentales, sólo aquellos que siendo de prestación en sentido estricto garanticen las condiciones para una vida digna. Es verdad que el nivel de una vida digna puede variar según culturas y tradiciones, pero en términos generales nos referimos a aquellas condiciones que permiten un libre y solidario desarrollo de la personalidad de cada ciudadano en sociedad.

Hay muchas clasificaciones de los DESC. DONNELLY los clasifica en cuatro modalidades. Derechos de subsistencia, entre los que podrían estar el derecho a la alimentación y el derecho a la asistencia sanitaria. Derechos económicos, entre los que destacaría el derecho al trabajo, a la seguridad social, al descanso, a las vacaciones y a la sindicación. Derechos sociales, que serían, el derecho a la educación o el derecho a formar una familia. Finalmente, los derechos culturales, entre los que podríamos citar el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad<sup>1</sup>. Los derechos fundamentales sociales se encontrarían entre los derechos de subsistencia, los derechos económicos y los derechos sociales esencialmente.

LAPORTA distingue los derechos sociales en cuatro tipos. Primero, libertades, derechos que comportan la protección normativa de un ámbito de acción frente a las interferencias del Estado o de los particulares. Segundo, derechos de prestación, en los que el titular tiene un título para que se entreguen algunos bienes, se le presten servicios o bien se le asignen fondos o recursos para la vivienda, la salud, la pensión o la educación. Tercero, derechos

---

1 J. DONNELLY, *Universal human rights in theory and practice*, Cornell, 1989, p. 35.

a ciertas posiciones o status legales, de forma que a sus titulares se les confieren algunos derechos como el derecho a un empleo si así se establece, o bien disponer determinados status como puede ser el de jubilado, huérfano, viuda, que trae consigo ciertas prestaciones, beneficios o exenciones. Y, en cuarto lugar, derechos a bienes públicos, que comportan aspiraciones a la existencia de estados de cosas buenos o deseables como pueden ser los beneficios del progreso científico o del medio ambiente limpio, por ejemplo<sup>2</sup>. En este caso, los derechos sociales fundamentales los encontraríamos, sobre todo de entre los derechos de prestación y de entre los derechos a ciertas posiciones o status legales.

Los derechos fundamentales sociales se refieren a determinadas acciones del Estado, de los Poderes públicos, que hacen directa y esencialmente a la dignidad del ser humano. No todos los derechos sociales son fundamentales sino aquellos que, como la alimentación, el vestido, la vivienda, la educación o la sanidad, entre otros, permiten al ser humano las condiciones para una existencia en libertad solidaria.

El profesor NORIEGA enseña que los derechos sociales son aquellos derechos en virtud de los cuales su titular puede exigir un determinado comportamiento –o bien una prestación– por parte del Estado, que asume una actitud activa y debe intervenir a favor del titular, al servicio de los sociales, del bien general<sup>3</sup>. Tal propuesta de definición es pertinente a nuestro propósito porque como señala PAHUAMBA ROSAS, no todos los derechos identificados como sociales implican una prestación y en este caso se refiere a prestaciones o actividades dirigidas a aquellas necesidades que son imprescindibles para el desarrollo del ser humano<sup>4</sup>

En el caso español, la referencia normativa que debemos traer a colación es la relativa al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución como consecuencia de la fundamentalidad de la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes. En palabras de RODRIGUEZ OLVERA, su esencia, la de los derechos sociales fundamentales, es la tutela de la dignidad democrática que garantiza el libre de desarrollo de la personalidad<sup>5</sup>

Los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos porque, en terminología del profesor ARANGO, son esencialmente posiciones jurídicas establecidas en una norma jurídica que incorporan obligaciones o deberes jurídicos. El titular de ellos es la persona natural, el ser humano. Siguiendo a ALEXI podríamos decir que los derechos fundamentales sociales, o los derechos sociales fundamentales, son derecho subjetivos de especial relevancia. En efecto, son derechos subjetivos del mayor rango, del mayor calibre jurídico, por la sencilla razón de que son expresiones y manifestaciones de la misma dignidad humana en su proyección jurídica, sea ésta privada sea pública.

---

2 F. LAPORTA, Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema, en J. BETEGON–F. LAPORTA–J.R. DE PARAMO–L. PRIETO SANCHIS (Coordinadores), Constitución y derechos fundamentales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 22, 1995, p. 298.

3 A. NORIEGA CANTÚ, Los derechos sociales, creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917, México, 1988, p. 76.

4 B. PAHUAMBA ROSAS, El derecho a la protección de la salud, México, 2014, p. 9.

5 O. RODRIGUEZ OLVERA, Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta, Granada, 1998, p. 4.

Los derechos fundamentales sociales derivan de la centralidad de la dignidad humana y por tanto, reconocida ésta en las Constituciones como piedra angular del Estado social y democrático de Derecho, bien se encuentran expresamente previstos o bien pueden ser deducidos por la argumentación jurídica como derechos inherentes a la persona, como derechos indisolublemente conectados a la misma esencia de la dignidad humana. No son metas políticas ni son Principios rectores de la política social y económica, ni tampoco son mandatos generales establecidos en la Constitución política. Son derechos subjetivos, y, por ello exigibles e invocables ante los Tribunales en caso de lesión o vulneración. Que los Poderes públicos deban promover los fines del Estado social y democrático de Derecho nos sustituye ni mucho menos el reconocimiento de estos derechos fundamentales. Los refuerza desde la acción del Estado pero obviamente no se pueden quedar en criterios o principios porque el ser humano tiene derecho a exigirlos también judicialmente si llegara el caso.

El profesor FERRAJOLI sostiene críticamente que la consideración no jurídica de los llamados derechos sociales se refiere a que a estas posiciones jurídicas les corresponden, antes que prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción consiste en un hacer, en cuanto tal no formalizable ni universalizable y cuya violación, por el contrario, no consiste en actos o comportamientos sancionables sino simples omisiones que no serían ni coercibles ni justiciables<sup>6</sup>. Tal doctrina, que no considera como auténticos derechos subjetivos a estos derechos fundamentales, parte de la consideración de que el Estado únicamente es garante del orden público interno y de la defensa exterior<sup>7</sup> propia de una lectura demasiado unilateral del Estado liberal de Derecho. Por supuesto que su lesión, en la medida que produce daños, debe ser reparada jurídicamente y la omisión de las obligaciones del Estado para hacerlos efectivos, la inactividad en la prestación, son obviamente exigibles en juicio.

No se trata de meras expectativas que dependen de la reserva de lo posible o de las disponibilidades presupuestarias en cada caso. Los derechos fundamentales son un todo, los individuales y los sociales, y han de tener el mismo calibre y rango de protección jurídica. Si así no fuera, la centralidad de la dignidad humana sería una quimera y al final, como lamentablemente acontece de ordinario, estaría al albur de la conveniencia u oportunidad política, algo inaceptable. Si la dignidad humana es el centro y raíz del Estado, las estructuras, las normas, los procedimientos y los presupuestos deben disponerse precisamente al servicio del gran canon o estándar jurídico del Estado moderno.

Estos derechos fundamentales son exigibles judicialmente cuándo son lesionados por la acción u omisión de los Poderes públicos. Tanto una prestación pública deficiente dirigida a satisfacer uno de estos derechos fundamentales, como su omisión, pueden y deben ser objeto de la acción procesal.

Por ser derechos fundamentales son derechos que vinculan jurídicamente a todos los Poderes públicos. Es decir, tanto el Poder ejecutivo como el legislativo y el judicial deben

---

6 L. FERRAJOLI, Prólogo al libro de V. ABRAMOVICH/C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002, p. 9.

7 L. FERRAJOLI, Prólogo al libro de V. ABRAMOVICH/C. COURTIS..., p. 10.

aplicarlos en su tarea cotidiana. En el caso del Legislador a través de la previsión de normas del máximo rango normativo que los reconozcan, en el caso del Poder ejecutivo promoviéndolos en el marco de la Administración pública y para el Poder judicial a través de la interpretación más favorable a su realización y plena efectividad.

La exigibilidad de los derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales está relacionada con situaciones económicas y sociales en las que obviamente existen carencias de condiciones para el normal despliegue de la dignidad humana en algunas personas. Es decir, la emergencia de este concepto tiene mucho que ver con situaciones de crisis. En Europa, en la vieja y hoy enferma Europa, ahora esta cuestión está de actualidad especialmente en alguno de los Estados miembros, España entre ellos, dónde el derecho fundamental social a la alimentación, a la vivienda, a la ropa o al vestido, a la salud o a la educación, vuelven al candelero al haberse roto el equilibrio de condiciones que permitirían a la iniciativa social su lógica realización y su provisión de los medios para la satisfacción de estos derechos.

En efecto, el mercado en un Estado social y democrático de Derecho ha de asegurar un orden de condiciones formales y reales que, desde la racionalidad y la objetividad, permita a cada ser humano vivir en condiciones dignas. Cómo resulta que ello no es posible en la actual coyuntura, entonces la acción positiva del Estado aparece como corolario básico del principio de subsidiariedad para remediar carencias o necesidades esenciales para la vida digna de las personas.

El derecho fundamental a la buena administración, que incluye en su seno, entre otras características, que las decisiones administrativas se adopten en plazos razonables, justifica que en alguna medida los derechos fundamentales sociales en última instancia puedan canalizarse jurídicamente a través de la lesión de este derecho fundamental a la buena administración. Pensemos en las omisiones de la Administración pública cuándo de esta manera se impide o dificulta extraordinariamente que se atiendan a condiciones esenciales para la dignidad humana como puede ser la alimentación, el vestido, la vivienda o una operación quirúrgica que de no realizarse en determinado lapsus de tiempo puede resultar inútil. En otras palabras es posible que se lesionen derechos fundamentales sociales en virtud de omisiones de obligaciones fundamentales residenciadas en los Poderes públicos.

El derecho fundamental al mínimo existencial deducido por la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán constituye un claro ejemplo de la posibilidad de alumbrar nuevos derechos fundamentales sociales siempre que estén vinculados a la realización de la dignidad humana en unas condiciones mínimas y básicas, sin las cuales la misma dignidad estaría coartada, impedida o imposibilitada. Una vez establecido el piso mínimo, el mínimo vital, el paso siguiente es de la progresión en el ejercicio de los derechos sociales fundamentales y la prohibición de su regresividad.

Es verdad, como señala ALEXI, que el concepto de los derechos sociales fundamentales se basa sobre la idea de necesidad, no de libertad<sup>8</sup>, pues en el trasfondo está la noción de

---

8 R. ALEXI, Prólogo al libro de R. ARANGO RIVADENEIRA, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005, p. xvii.

dignidad humana. Si no existen esas condiciones mínimas para que la dignidad se realice mínimamente entonces la persona sufre un daño que no tiene el deber jurídico de soportar de ninguna manera, incluso en el caso de que no esté dispuesta recibir ayuda porque incluso en este caso existe un deber esencial de los Poderes públicos de no permitir que ninguna persona pueda quedar a la intemperie aun cuando esa sea su elección.

Los derechos sociales fundamentales son, siguiendo a ARANGO, derechos subjetivos de especial calibre, de especial rango y relevancia, en la medida en que consisten en posiciones jurídicas fundamentales dotadas de razones válidas, suficientes y cuyo reconocimiento injustificado ocasiona un daño real al titular del mismo.

En realidad, como reconoce atinadamente CASCAJO CASTRO, tanto ayer como hoy lo que se ventila, lo que está en juego en los derechos sociales fundamentales, es la dignidad humana<sup>9</sup>. En efecto, los derechos sociales fundamentales, en la medida que están inseparablemente vinculados a unas necesarias condiciones de dignidad para la vida humana, hoy, en época de fuerte y grave crisis general, aparecen como una categoría que debe ser, no solo rescatada, sino renovada al servicio, precisamente, de la dignidad del ser humano. Una dignidad en este tiempo vapuleada, ninguneada por tantos y tantas expresiones de la arbitrariedad que habita en no pocas terminales del poder financiero y político dominadas por esquemas de dominación y adicción a los beneficios y a los votos.

En efecto, la centralidad de la dignidad reclama que los derechos sociales fundamentales sean derechos subjetivos pues no de otra forma se cumpliría tal aserto capital. BASTIDA ha recordado, con cita de algunas sentencias del Tribunal Constitucional español que, en efecto, la dignidad humana fundamenta el orden político y la paz social tal y como dispone el artículo 10.1 de nuestra Constitución. De ahí, pues, que la configuración jurídica de la dignidad sea la pieza básica para cimentar el orden político y la paz social<sup>10</sup>. Eso significa que la dignidad es la columna vertebral del Ordenamiento jurídico como un todo y que el Derecho Público, especialmente el Derecho Administrativo como expresión concreta de la Constitución, debe construirse sobre esta base. De forma y manera que, como es lógico, la operatividad y funcionalidad de los derechos fundamentales de la persona, expresión genuina de la fuerza de la dignidad humana, deben presidir y orientar todas las categorías e instituciones del Derecho, especialmente del Derecho Público.

El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo<sup>11</sup> que se encuentran en el artículo 1.1 de la Constitución y que se materializan en los derechos fundamentales<sup>12</sup>, también por supuesto en los de naturaleza social, que igualmente, como los individuales, son de titularidad personal. La regla de la centralidad de la dignidad del ser humano del artículo 10.1 de nuestra Constitución proyectada sobre los derechos

9 JL. CASCAJO CASTRO, Derechos Sociales, en Derechos Sociales y principios rectores, Actas..., p. 21

10 F. BASTIDA FREIJEDO, ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos, derechos sociales y ponderación, Madrid, 2009, pp. 131 y 132.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 181/2000.

12 F. BASTIDA FREIJEDO, ¿Son..., p. 131.

individuales, señala BASTIDA, implica que en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (sentencia del Tribunal Constitucional del Reino de España 53/1985), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre<sup>13</sup>. La dignidad, sin embargo, no se realiza solo en los derechos individuales, exige y reclama la efectividad de ciertos derechos sociales fundamentales, que son imprescindibles para el libre y solidario desarrollo de la persona en la comunidad.

Los derechos fundamentales sociales no son, no deben ser, un problema económico de distribución de bienes y recursos escasos entre la población, sino que se enmarcan en el escenario de los presupuestos esenciales de un Estado de Derecho y de un Estado democrático digno de tal nombre<sup>14</sup>. Sin una alimentación digna, sin un vestido digno, sin un trabajo digno, sin vivienda digna, sin educación digna, sin sanidad digna y sin una digna seguridad social, el ser humano no puede realizarse como tal, no puede disponer de las condiciones mínimas para el libre y solidario desarrollo de su personalidad. Por tanto, las posiciones jurídicas fundamentales en que se concretan los derechos sociales fundamentales constituyen condiciones necesarias para el normal despliegue de la dignidad humana, pieza básica del Ordenamiento jurídico.

Como señala REY MARTINEZ, sin derechos sociales fundamentales no hay ni democracia ni libertad<sup>15</sup>. En efecto, la garantía del ejercicio de la libertad solidaria en el Estado social y democrático de Derecho está vinculada a la existencia de los derechos sociales fundamentales. Al mismo tiempo, sin derechos fundamentales la participación social es una quimera y por tanto la democracia se distancia de ser lo que debe: el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. REY MARTINEZ señala incluso que las tesis que consideran a los derechos sociales como simples deseos de "juridificar" sin éxito el bienestar son, desde el punto de vista ideológico, profundamente antidemocráticas<sup>16</sup>.

El principio de la indivisibilidad de los derechos fundamentales significa que los individuales y los sociales, ambos derechos fundamentales, son inescindibles. No pueden realizarse unos sin los otros. Tal afirmación en el Estado social y democrático de Derecho cobra especial relevancia pues, insisto, la realización y efectividad de la libertad solidaria no es posible sin la existencia de una serie de posiciones jurídicas capitales que sirven de presupuesto y de condición para el libre y solidario desarrollo de la persona humana. Como señala REY MARTÍNEZ, este principio es invocado regularmente por la Unión Europea en el ámbito de las acciones para la cooperación del desarrollo de terceros países así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que se ha colocado a todos los derechos fundamentales en un plano paritario, dedicando el capítulo tercero a la igualdad y el capítulo cuarto a la solidaridad, en el que se reconocen los derechos laborales,

---

13 F. BASTIDA FREIJEDO, *¿Son....*, p. 132.

14 F. REY MARTINEZ, *Derribando falacias sobre los derechos sociales*, en *Actas....*, p. 634.

15 F. REY MARTINEZ, *Ibidem*.

16 F. REY MARTINEZ, *Ibidem*.

la protección de la familia, del medio ambiente, de los consumidores así como el derecho de seguridad social y el derecho a la salud<sup>17</sup>.

La libertad solidaria, pues, se erige en el concepto clave para comprender la funcionalidad de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho. A tal conclusión arribé hace algunos años precisamente cavilando sobre el sentido de la denominada tercera vía y el espacio del centro con ocasión de reflexiones y meditaciones acerca precisamente de la significación de la centralidad de la dignidad del ser humano en la teoría política contemporánea.

En efecto, en 1996 terminaba unas reflexiones sobre el espacio del centro señalando que una de las claves para entender las nuevas políticas residía en lo que denominaba la libertad solidaria. Hoy todavía sigo pensando lo mismo. La aparente contradicción entre estos conceptos, entre libertad y solidaridad, es virtual pues una versión puramente individualista de la libertad la entiende como una capacidad para el uso y disfrute exclusivamente individual. La libertad, según estas versiones radicales, es sólo libertad para mí, cuándo de lo que se trata es de subrayar la libertad de los demás en tanto en cuanto se erige como una garantía de la mía propia; en última instancia se concibe la libertad de los otros como una limitación de la mía, porque donde empieza aquella termina esta.

Por el contrario, desde posiciones intervencionistas y también desde el nacionalismo, se entiende la libertad exclusivamente en sentido colectivo: la libertad de una clase universal o la libertad de una nación, de modo que las libertades individuales aparecen sometidas o condicionadas por los intereses superiores que el orden colectivo debe administrar en nombre de la nueva clase o la nueva nación. El Estado en unos casos, la nueva clase o la nación en otros, se convierten en así, en instancias salvadoras de los seres humanos.

Esta contraposición entre libertad e igualdad ha tenido su correlato en el espacio político en la batalla entre la izquierda y la derecha. Sin embargo, los límites de estas posiciones políticas quedan patentes cuando el socialismo moderado se presenta a sí mismo –legítimamente– como defensor de las libertades individuales, y la derecha democrática reivindica –con no menos legitimidad– sus reales e históricas aportaciones a la integración social.

La utopía socialista tiene, desde luego, un valor, –histórico, ideológico, emotivo–, pero desde un punto de vista político ha perdido todo su sentido, según lo prueba el fracaso sistemático de las tentativas de aplicación en tantas latitudes y épocas, y con tantas fórmulas. Hoy, dónde gobierna, encontramos políticas públicas que podríamos caracterizar, de acuerdo con los patrones clásicos, como de derechas o, muy cerca de nosotros, radicales. Lo mismo podríamos decir de la utopía liberal –si pudiéramos escribir así–, aunque en algunas formulaciones del liberalismo doctrinal cabría más bien hablar de su error de partida, señalado tantas veces por algunos de sus críticos, como lo es la suposición de que todos somos, realmente y en la misma medida, libres y autónomos.

La respuesta está en el ejercicio y la promoción de la libertad solidaria. O se armonizan adecuadamente estos dos vectores fundamentales de la vida social y política, o posiblemente

---

17 F. REY MARTINEZ,...., p. 635.



los sistemas democráticos entrarán en una situación de difícil recuperación como parece que está aconteciendo. No se trata de ningún descubrimiento, se trata de la constatación de un hecho. Nadie en su sano juicio puede discutir hoy la necesidad de los emprendedores, de un sector empresarial dinámico, innovador, imaginativo, eficiente. Ni se puede pasar por alto la necesidad de priorizar la atención de los menos favorecidos, entre ellos los pensionistas y los parados, y de contar con la presencia de los agentes sociales, muy particularmente de los sindicatos, en el planeamiento y aplicación de la política nacional o supranacional.

La conjugación de libertad y solidaridad es, además, obligada. Apunta GUIDDENS, respecto a la Tercera Vía, que no se trata más que de una teorización sobre la práctica real de los gobiernos en los países democráticos. El espacio del centro del que suelo escribir, lo es también en cierto modo. Pero va más allá, en cuanto tiene un fundamento antropológico más claro en la dignidad del ser humano, en la centralidad de la persona, de cada ciudadano individual como eje de la acción política, y una dimensión ética más real, en cuanto la solidaridad y, por tanto, la integración y el equilibrio social no se consideran posibles –en un régimen auténticamente democrático– sin el concurso de todos los sectores sociales.

Una política de solidaridad libre y socialmente asumida, no impuesta desde los mecanismos del Estado, sólo es posible desde los fundamentos culturales de una sociedad realmente libre y solidaria, no desde la imposición de un programa o de un organismo público. O la acción de gobierno se conjuga con el sentir y la iniciativa social, o carecerá de efectos. Pretender una acción solidaria desde un sentir mayoritario que no represente de hecho el sentir general, de todos los sectores componentes de la ciudadanía, es imposible. Ahí no hay solidaridad, porque no hay libertad.

Pero igualmente una libertad que no tome en cuenta la dimensión social de la persona, además de tratarse de una libertad reducida, es falsa, porque lo real es que la libertad la queremos para los ciudadanos, para realizarnos como personas en la sociedad. En efecto, la libertad de los demás no es sólo garantía de la mía, sino que me hace realmente más libre. Es decir, tengo la posibilidad de hacer más libres a los demás cuando desde mi propia libertad busco la cooperación con ellos.

Es un imperativo ético y político la generación de las condiciones sociales y culturales que hagan posible el ejercicio de una libertad auténtica por parte de cada ciudadano. Aquí atisbo una conexión de fondo de la política con la ética pública, que trascendería el marco de un simple código de comportamientos.

Libertad solidaria porque la libertad es el marco adecuado, necesario para que se produzca la apertura a los demás afirmada en la solidaridad. Y así la libertad de los demás ya no se entiende primariamente como un límite de la mía –aunque lo sea, considerada negativamente– sino que la libertad de los demás posibilita, mediante el acuerdo, el diálogo, el entendimiento, una ampliación sin límites de mi propia libertad. Estamos dando una respuesta a la permanente cuestión: libertad, ¿para qué? Afirmar la libertad solidaria es señalar uno de los objetivos que queremos darle a la libertad.

Llegados a este punto, conviene preguntarse si entonces conviene mantener la categoría de los derechos sociales fundamentales como categoría distinta a la de los derechos

fundamentales individuales. En la medida en que ambos son derechos fundamentales porque tienen como titular a la persona y son derivaciones inherentes de la misma dignidad humana, en realidad deberían estudiarse en el marco de la teoría de los derechos fundamentales. El problema es que todavía, a pesar de los pesares, a pesar de la centralidad de la dignidad humana hay no pocos autores que consideran lo que denominamos derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales como Principios rectores de la política social y económica, metas políticas u obligaciones generales de los Poderes públicos exigibles sola y exclusivamente cuándo los presupuestos públicos prevean conceptos a ellos referidos.

Esta es precisamente la razón de la monografía, llamar la atención sobre la nueva luz que la cláusula del Estado social y democrático de Derecho irradia sobre el Derecho Administrativo a partir del concepto de libertad solidaria, concepto desde el que ha de explicarse la moderna teoría de los derechos fundamentales de la persona, que son, insisto, tanto individuales como sociales.

ABRAMOVICH y COURTIS, que han analizado esta cuestión, entienden que el mantenimiento de la categoría de los derechos sociales fundamentales es útil en la medida en que refleja la operación de dos paradigmas o matrices político-ideológicos diferentes de regulación jurídica y permite, además, situar en un contexto histórico la forma en que han sido contextualizados y positivizados los diferentes derechos<sup>18</sup>. Es útil, pienso, porque todavía los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario no están asumidos en la medida en que la potencia ideológica de la cuestión impide, debido a la consistencia de los prejuicios, interpretaciones y consideraciones, que se afirme con todas sus consecuencias la plena compatibilidad entre la dimensión individual y la social. A mi juicio, sin embargo, cada vez es más urgente situarnos en coordenadas de esta naturaleza puesto que el sistemático olvido, deliberada preterición en muchos casos, de los derechos sociales fundamentales, resta operatividad a los mismos derechos fundamentales individuales, que solo están a disposición de determinados grupos de ciudadanos, mientras que otros, muy numerosos en momentos de crisis y penurias como la que vivimos, apenas pueden disfrutar de ellos.

La categoría de los derechos fundamentales de la persona, insisto, es inescindible. No es posible, salvo desde razonamientos ideológicos, y al servicio de determinados intereses, afirmar que los derechos fundamentales únicamente son los individuales, mientras que los sociales no son más que metas políticas, principios o en todo caso, recomendaciones que sería bueno atender en función, en cada momento, de las disponibilidades presupuestarias. Tal argumento equivale a afirmar, lisa y llanamente, que la efectividad del ser humano depende de estructuras, normas, procedimientos y presupuestos.

Desde este punto de vista es conveniente mantener la doble caracterización partiendo, eso sí, de que ambos, derechos humanos individuales y derechos humanos sociales, pertenecen al mismo género, a la misma categoría jurídica: derechos fundamentales de la persona. Sólo, me parece, a efectos prácticos, para demostrar la necesidad de su unificación en la misma categoría.

---

18 V. ABRAMOVICH/C. COURTIS, *Los derechos sociales...*, pp. 47-48.

Desde la perspectiva metodológica, ABRAMOVICH y COURTIS reconocen la utilidad de la diferenciación pues existe una evidente complejidad histórica y normativa en todos los países en los que ha operado la distinción entre derechos políticos y sociales<sup>19</sup>. También, la distinción puede ser útil, como afirman estos autores, para subrayar la relevancia de categorías analíticas que tengan en cuenta, por ejemplo, el sentido que se ha dado a expresiones como constitucionalismo social, ramas del Derecho Social, Tribunales del orden social, o la distinción entre Pactos Civiles y Políticos y Pactos Sociales<sup>20</sup>. En realidad, todavía trabajamos en general con un Derecho Administrativo de fuerte sabor liberal individualista y las técnicas jurídicas de nuestra disciplina se construyen y explican de esta lógica sin que todavía hayamos construido el Derecho Administrativo que cabe deducir del modelo del Estado social y democrático de Derecho en sentido pleno.

Los dos paradigmas, el del modelo del Derecho privado clásico y el del modelo del Derecho social, perviven tal cual sin que, salvo que en contadas excepciones, encontremos exposiciones o comentarios que partan, en esta materia, de los postulados del pensamiento compatible y complementario. Ambos modelos ofrecen una determinada teoría de las funciones del Estado y, por ende, un particular entendimiento de las relaciones entre la persona y la sociedad. Hoy, sin embargo, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho ofrece todas las garantías y las estructuras intelectuales precisas para ir disolviendo una diferenciación que ya no tiene sentido aunque, eso sí, palpitante y rabiosa actualidad, a juzgar por el cuadro social que nos presenta la realidad cotidiana en todo el mundo.

A juicio de ABRAMOVICH y COURTIS, la caracterización del modelo que ellos denominan del Derecho privado clásico parte de cinco elementos. Primero, la unidad de análisis de la acción humana es individual. Segundo, se presume la racionalidad del sujeto actuante y su capacidad cognoscitiva de lo que es mejor para él. Tercero, el mercado es el mejor mecanismo de creación de riqueza y de asignación de factores económicos. Cuarto, la sociedad se presume en situación de equilibrio y estabilidad de manera que el desequilibrio o desestabilización ocasionados voluntariamente precisarán sistemas de re-equilibrio. Y, quinto, el Estado tiene como principal tarea el mantenimiento de un marco legal e institucional confiable y seguro que fomente la previsibilidad de las transacciones, la protección del equilibrio y restablecimiento cuando haya sido vulnerado<sup>21</sup>.

Estas cinco características generales traducidas a términos jurídicos, dan lugar, según estos autores, a otras tantas consideraciones. A saber. Primera, la construcción de sujetos de derecho individuales. Segunda, la equivalencia de los sujetos de derecho expresada en nociones como igualdad formal ante la ley o la igualdad de las partes contratantes. Tercera, el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil como la culpa y el dolo. Cuarta, la limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación), a la protección de bienes jurídicos individuales

19 V. ABRAMOVICH/C. COURTIS, Los derechos sociales..., p. 48.

20 V. ABRAMOVICH/C. COURTIS...p. 49.

21 V. ABRAMOVICH/C. COURTIS.....p. 50.

y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad y defensa) y al restablecimiento del equilibrio económico ante la irrupción de daños ilícitos o ante el incumplimiento de los pactos contractuales (justicia civil) y, en los casos de ilícitos más graves, a la imposición de sanciones penales (justicia penal). Y, quinta, el diseño de acciones procesales individuales, en las que la medida de la legitimación es de orden individual también<sup>22</sup>

En este marco, pues, nacen los derechos fundamentales de orden individual como espacios de libre desarrollo de la personalidad en un contexto de mínima intervención pública, de acuerdo con el dogma de la autonomía de la voluntad y en un mundo en el que el mercado, a través de los contratos, es el principal elemento de asignación de bienes. Obviamente, la construcción de la categoría del derecho subjetivo y de su protección judicial giró en torno al aseguramiento de bienes patrimoniales, quedando al margen otras dimensiones de la dignidad humana, que serán de cuenta del Estado social y democrático de Derecho recordarlas y regularlas. Lo capital será la libertad de pensar, de creer, de expresión, de contraer matrimonio, de formar una familia. El Estado se limita a permitir que tales libertades se realicen siendo la libertad de la persona lo básico y reduciéndose la obligación del Estado a la protección y pronto restablecimiento de las libertades lesionadas.

Es verdad que el Estado social y democrático de Derecho, el modelo del Derecho social, emerge para corregir las disfunciones del modelo del Derecho privado clásico, del Estado liberal de Derecho. Ahora el Estado asume un papel principal en lo que se refiere a la promoción de condiciones para el libre y solidario desarrollo de la personalidad de cada ciudadano. Es decir, el Estado, como hemos señalado en el epígrafe dedicado a estudiar el Estado social, no se limita a la abstención sino que asume obligaciones positivas en orden a dotar de contenido muchos de los derechos inherentes a la persona humana. A partir de este derecho social se realiza el llamado Estado social, Estado de bienestar o Estado providencia, cuyos postulados, en opinión de IBRAMOVICH y COURTIS, serían los cinco siguientes. Primero, la introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva. Segundo, la existencia y señalamiento de diversos límites a la racionalidad humana. Tercero, además de la generación de riqueza aparecen otros factores que también inciden en el mercado como pueden ser la igualdad y la equidad. Cuarto, existen desequilibrios que deben resolverse a través de la concertación y la negociación entre los diversos interlocutores. Y, quinto, el Estado asume muchas funciones y actividades como la regulación económica e interviene, para garantizar condiciones mínimas de bienestar en áreas tan significativas como la sanidad, la educación<sup>23</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, tales asertos dan lugar a otras tantas nuevas perspectivas. Primera, aparecen nuevos sujetos de derecho de orden colectivo, emerge la negociación colectiva. Segunda, se plantean principios, técnicas e instituciones para reducir las desigualdades materiales y formales. Tercera, se admite una relativización del principio

---

22 V. IBRAMOVICH/C. COURTIS, ..... pp. 50-51.

23 V. ABRAMOVICH/C. COURTIS, .... pp. 54-55.

de la autonomía de la voluntad a través la formulación de una nueva forma de entender el interés general como la que hemos expuesto en el epígrafe a ello dedicado. Cuarta, el Estado asume la titularidad de ciertas actividades a través de la técnica del servicio público. Quinta, aparece la responsabilidad objetiva como consecuencia de la existencia de riesgos y de la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños. Sexta, se amplían las funciones del Estado asumiendo incluso la gestión directa de funciones de regulación y control, de la tutela de bienes colectivos o de mediación en ámbitos de conflictos colectivos. Y, séptima, aparecen las acciones procesales colectivas o acciones de clase incorporando la legitimación corporativa o de grupos llegando a la acción popular<sup>24</sup>.

En este contexto, pues, la dimensión puramente individual de la dignidad se abre a una concepción más abierta en la que se reconoce que el libre desarrollo de la personalidad de cada ciudadano, o es solidaria, o no es tal. Es decir, la efectividad de los derechos fundamentales reclama que en determinados casos el Estado garantice posiciones jurídicas fundamentales que permitan dignas condiciones de vida por lo que los derechos fundamentales sociales o derechos sociales fundamentales, depende de la perspectiva desde la que se trabaje, adquieren una importancia incluso mayor que la de los derechos individuales pues se erigen, ni más ni menos, que en presupuesto y base imprescindible para su realización y efectividad.

## II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El problema del concepto de los derechos sociales fundamentales, o de los derechos fundamentales sociales, parte necesariamente del de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y del de derechos fundamentales de la persona. Si usamos la expresión derechos sociales fundamentales, tenemos que partir del concepto de derechos sociales y si nos referimos al concepto de derechos fundamentales sociales, del de derechos fundamentales.

Los derechos sociales, siguiendo a BISCARETTI DI RUFFIA, son aquellas pretensiones específicas de los ciudadanos a obtener prestaciones o cosas, en el ámbito económico social, de quien ejercita una función pública, en general del Estado o de otro Ente público<sup>25</sup>. Entonces los derechos sociales fundamentales serían los derechos sociales indeleblemente vinculados a condiciones imprescindibles para la realización de la dignidad humana. Es decir, los derechos a la alimentación, al vestido, a la vivienda, al trabajo, a la seguridad social, a la educación y a la sanidad entre otros. Es decir, derechos que reclaman una acción positiva del Estado o de los Poderes públicos que permita restablecer la quiebra de la dignidad producida por causas ajenas a la voluntad de la persona.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la cuestión es bien clara. Hay derechos fundamentales individuales y derechos fundamentales sociales. Ambos, insisto, pertenecen a la misma categoría jurídica. Los primeros son aquellos que permiten el libre desarrollo de la personalidad sin interferencias públicas o en condiciones de mínima

24 V. ABRAMOVICH/C. COURTIS,....pp. 56-57.

25 P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti social*, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, Torino, 1960, p. 759.

intervención. En cambio, los derechos fundamentales sociales son derechos fundamentales, es decir derechos inherentes a la dignidad personal, que precisan de la acción positiva de la sociedad articulada o, en su defecto, de los Poderes público, para desarrollar dignas condiciones de vida.

Con esta salvedad, que no afecta a la esencia, los derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales, son de titularidad personal. No son derechos colectivos, son derechos ejercitables por las personas físicas, por las personas naturales. Los derechos sociales, económicos y culturales no fundamentales, que son los más, pueden ser colectivos. Es más, ne no pocos casos se nos presentan como derechos de incidencia colectiva.

Desde esta perspectiva se entiende mejor el concepto de libertad solidaria que vengo patrocinando desde hace algunos años para explicar que la dimensión social de la persona está inseparablemente unida a la individual en materia de derechos fundamentales. Esta posición doctrinal tiene muchas semejanzas con la de algunos autores alemanes como HABERLE o WILLKE, que parten de una visión axiológica de la dimensión de la persona sin por eso negar la consideración individual del ser humano, de manera que no existen derechos de la persona natural que puedan decidirse autónomamente de la comunidad en la que se despliega su existencia, de forma y manera que tales derechos, que tales libertades, deben ejercitarse desde la perspectiva de la solidaridad<sup>26</sup>.

En este sentido, PEREZ LUÑO entiende que las libertades en este tiempo no pueden concebirse como un atributo del hombre aislado que persigue fines individuales y egoístas, sino como un conjunto de facultades del hombre concreto que desarrolla su existencia en relación comunitaria y conforme a las exigencias del vivir social<sup>27</sup>.

Los derechos fundamentales de la persona son individuales y sociales. Mejor, son derechos fundamentales de la persona sin más, derechos subjetivos de especial relevancia, tal y como expuso magistralmente ALEXI tiempo atrás, porque están íntimamente ligados a la dignidad humana. Sin su ejercicio determinadas condiciones el ser humano concreto no alcanza el mínimo de "humanidad" necesario para un vida digna. Son, los derechos sociales fundamentales de mínimos.

En todo caso, usaremos con estas matizaciones el término derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales porque, entre otras cosas, todavía esta tesis no es mayoritaria dadas las dificultades existentes para una pacífica sunción de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario en materia de derechos fundamentales dadas las dificultades existente para su reconocimiento, a pesar de las referencias constitucionales del artículo 9.2 y 10.1 a la dignidad del ser humano y a la función promocional de los Poderes públicos.

Los derechos sociales fundamentales son de titularidad personal. De titularidad personal tal y como advirtió atinadamente BURDEAU al señalar que mientras la titularidad de los derechos civiles y políticos de las primeras Declaraciones de Derechos residía en el

---

26 P. HABERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, WVDStRL 30, Berlin, 1972, pp. 95 y ss y H. WILLKE, *Stand und Kritik der neuren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975, pp. 219 y ss.

27 E. PEREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, p. 84.

hombre en abstracto, ahora, en el tiempo de los derechos sociales, económicos y culturales, la titularidad de los derechos sociales fundamentales corresponde al hombre concreto, definido por la particular y real situación social en que se encuentra<sup>28</sup>.

Los derechos sociales fundamentales de mínimos, los derechos fundamentales sociales de mínimos, una vez cubiertos, abren el espacio a otros derechos que como estudiaremos en el próximo epígrafe, conforman el haz de los derechos que componen el fundamental a una buena administración pública, un derecho humano que engloba por supuesto a los denominados derechos fundamentales sociales pues no sería concebible en un Estado social y democrático de Derecho la existencia de personas en condiciones de indignidad pues, como sabemos, el centro y raíz del Estado mismo se encuentra en la persona, en su libre y solidario desarrollo.

El profesor ARANGO es, a mi juicio, quien mejor y con más claridad ha expuesto el concepto de los derechos sociales fundamentales a partir precisamente de un entendimiento moderno de los derechos subjetivos<sup>29</sup>. Su tesis es que efectivamente estos derechos, por ser fundamentales, deben ser subjetivos pues no es comprensible un derecho fundamental de la persona humana que no se pueda exigir ante los Tribunales de Justicia.

ARANGO parte de la célebre definición de ALEXI de los derechos fundamentales: posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de una simple mayoría parlamentaria<sup>30</sup>. Es decir, se trata de derechos subjetivos de gran relevancia. Como el concepto de derecho subjetivo está íntimamente vinculado a una norma jurídica, a una posición jurídica y a una obligación jurídica, en el caso en que estudiamos estamos ante normas jurídicas fundamentales, posiciones jurídicas fundamentales y obligaciones jurídicas fundamentales<sup>31</sup>.

La cuestión acerca de si los derechos fundamentales sólo son los que están expresamente reconocidos como tales en la Constitución, tema esencial para el tratamiento en el presente de los derechos sociales fundamentales, ARANGO la resuelve partiendo de que hoy existen Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos plenamente aplicables al Derecho Interno y de que existen derechos cuya relevancia se reconoce a través de los principios de la argumentación jurídica. Es el caso del derecho a un mínimo existencial, un derecho innominado, que según este autor debe contemplarse desde la perspectiva de la existencia de una norma jurídica fundamental, de una obligación jurídica fundamental y de una posición jurídica fundamental, sin olvidar que para la real existencia de un derecho fundamental la gravedad de las consecuencias de su ausencia está en relación directa con su reconocimiento<sup>32</sup>.

Los derechos fundamentales pueden ser de defensa o de prestación. Derechos en los que el Estado se abstiene, derechos a la acción negativa del Estado que asegura la

28 G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, 1972, pp. 17-18.

29 R. ARANGO, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005, pp 30 y ss.

30 R. ALEXI, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1996, p. 406.

31 R. ARANGO, ..., p. 32.

32 R. ARANGO, ..., p.34.

libertad del individuo. En los derechos de prestación debemos encajar los derechos sociales fundamentales pues son derechos a la acción positiva del Estado, una vez constatada la falla de la sociedad articulada o del mercado, a condiciones de vida digna, propias de la condición humana. En este tema se ha discutido si los derechos sociales fundamentales o los derechos fundamentales sociales son auténticos derechos o simplemente medios o garantías que permitan el desarrollo libre y solidario de cada persona. Son por supuesto, derechos subjetivos "per se" de especial relevancia y además son medios o garantías para el ejercicio de los derechos llamados individuales.

De acuerdo con ARANGO, los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, y, por ello derechos subjetivos con un elevado grado de relevancia, la de mayor rango y calibre que existe pues su desconocimiento o violación lesionan gravemente la dignidad humana que es, como señalamos con deliberada reiteración, el centro y la raíz del Estado y de la misma función de la Sociedad y de la Administración pública. Ahora bien, lo que distingue a los derechos sociales fundamentales de otros derechos fundamentales es que requieren acciones fácticas de la iniciativa social o del Estado, por lo que son derechos fundamentales de prestación en sentido estricto<sup>33</sup>.

Son derechos generales positivos. Son titulares de estos derechos las personas naturales, todas las personas físicas sin excepción, y son sujetos obligados las sociedades articuladas y los Estados democráticos y Poderes públicos de los Estados democráticos<sup>34</sup>. La referencia a los Estados democráticos es obvia porque en un Estado sin libertades no podría haber derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales sociales, desde el punto de vista del objeto, son derechos constitucionales (nominados o innominados), no simples derechos legales, a una situación fáctica que puede ser alcanzada a través de derechos especiales<sup>35</sup>.

Desde la perspectiva de su fundamentación, se trata de derechos humanos cuyo carácter ideal (validez moral) se ha fortalecido mediante su positivización (validez jurídica)<sup>36</sup>. Luego si es posible argumentar adecuadamente desde las características del derecho fundamental a favor de la validez moral, es posible, como acontece en el caso del derecho al mínimo vital, deducir derechos fundamentales sociales innominados a partir de su esencial conexión a la dignidad que merece la vida del ser humano.

Los derechos fundamentales sociales son derechos subjetivos pues son derechos fundamentales de la persona. ARANGO sostiene que tienen tal carácter porque presentan las características de los derechos subjetivos. A saber, son posiciones jurídicas que residen en normas jurídicas y conllevan obligaciones jurídicas. En concreto, son derechos generales positivos que están explícitamente establecidos en disposiciones de derechos fundamentales o que pueden adscribirse a una posición de derecho fundamental, que puedan derivarse de obligaciones jurídicas constitucionales indirectas y que, por lo menos uno de esos derechos

---

33 R. ARANGO,... p. 37.

34 R. ARANGO,... p. 38.

35 Ibidem.

36 Ibidem.



pueda justificarse correctamente en el plano constitucional, es decir, que vale como posición jurídica *iusfundamental*<sup>37</sup>.

En el caso de la Constitución española, el valor, por su ubicación, que tienen los artículos 9.2 y 10.1, que establecen, el 9.2 las obligaciones del Estado para la promoción de la libertad y la igualdad, y que afirma, el 10.1, que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son el fundamento del orden político y la paz social, podrían permitir una nueva lectura del sentido de los derechos fundamentales sociales. El problema está en que no están expresamente reconocidos en el capítulo correspondiente a los derechos fundamentales de la persona y que existen, en la materia, Principios rectores de la política social y económica que suelen ser interpretados como programas o metas políticas. Sin embargo, estos problemas podrían superarse en los mismos términos en que lo ha hecho, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán.

Los derechos fundamentales sociales pueden ser explícitos. Son los denominados derechos generales positivos reconocidos expresamente en la Constitución. Sin embargo, también, como sostiene ARANGO, pueden ser deducidos por interpretación racional. En este último caso se requiere una disposición fundamental explícita que pueda servir de fundamento jurídico de los derechos sociales fundamentales, lo que exige que la existencia de esos derechos se justifique correctamente mediante la interpretación del texto constitucional con la ayuda de la argumentación jurídica<sup>38</sup>. En el caso de la Constitución española la referencia del artículo 10.1 acerca de la centralidad de la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, y la función promocional de los Poderes públicos sentada en el artículo 9.2 constitucional, son referencias constitucionales más que suficientes de las que se puede partir para la argumentación jurídica, que arribará, en su caso, a derechos exigidos indefectiblemente por la realización en cada ser humano de la dignidad exigible para llevar una existencia en condiciones de humanidad.

Las normas jurídicas fundamentales pueden comprender también, además de derechos subjetivos, obligaciones jurídicas objetivas del Estado. La jurisprudencia alemana ha señalado que es posible deducir obligaciones para el Estado de normas de derechos fundamentales. Es el caso al que se refiere ARANGO de la obligación estatal de protección del derecho a la vida y a la integridad física<sup>39</sup>. Lo que significa que el reconocimiento del derecho fundamental a la vida y a la integridad física supone no sólo una obligación de abstención, sino también la obligación de proteger activamente este derecho fundamental. Es decir, los derechos fundamentales de las personas en ocasiones precisan, hoy más que en épocas pasadas, al menos en Europa, de concretas obligaciones fácticas de la iniciativa social y, en su defecto, de los Poderes públicos para su realización y, también, por supuesto, para su protección y defensa

37 R. ARANGO, ..., p. 40.

38 R. ARANGO, ..., p. 41.

39 R. ARANGO, ..., p. 42 y BVerfGE53,30(51) y BVerfG82,203(254).

Si los derechos fundamentales sociales son derechos subjetivos de especial relevancia, entonces no son programas constitucionales, mandatos constitucionales o Principios rectores constitucionales, salvo que tengan eficacia normativa real y directa, lo que por ejemplo no acontece en la Constitución española tal y como dispone el artículo 53 constitucional. No lo son porque los mandatos, programas o Principios rectores de orden constitucionales, salvo que la Constitución lo diga expresamente, conforman normas de orden político que sólo en casos excepcionales, como señaló BÖCKENDÖRFE en su día, se transforman en derechos subjetivos<sup>40</sup>. Es el caso de las demandas de ciertas personas afectadas por graves supuestos de inactividad, por negligencia grave en el quehacer de los Poderes públicos o por la generación de situaciones irreversibles, consecuencias de la operación de dichos mandatos constitucionales. Son supuestos, dice BÖCKENDÖRFE, de recursos de amparo frente a la infracción de los límites y exigencias impuestas por los mandatos constitucionales al ámbito de conformación política de los órganos estatales<sup>41</sup>.

Para este autor alemán, los derechos sociales fundamentales tienen la forma de mandatos constitucionales que constituyen obligaciones jurídicas objetivas que deben presidir la acción de los poderes legislativos y ejecutivos para la realización de la meta establecida en el mandato constitucional a través de medidas apropiadas cuya orientación, medida o cualidades obedecen, en principio, a la apreciación política de los órganos legislativos o ejecutivos y, por ello, al proceso político<sup>42</sup>.

Otro autor que tampoco admite la categoría de los derechos fundamentales sociales es Klaus STERN. En efecto, para el profesor de Colonia el artículo 1.1<sup>43</sup> de La Ley Fundamental de Bonn sólo se refiere, como derechos fundamentales residuales, a todas las libertades innominadas no reguladas especialmente o garantizadas de modo individual como pueden ser la libertad para salir del país, la libertad de contratación o la autodeterminación informativa<sup>44</sup>. Tal precepto no se refiere, pues, a derechos fundamentales sociales porque para este autor en la Constitución alemana no se encuentran previstas las prestaciones de carácter social, económico y cultural, que con mucha dificultad podrán integrarse en el sistema de los derechos fundamentales pues son estructuralmente diferentes a los derechos fundamentales clásicos. Una garantía de derechos fundamentales que depende en amplia medida del legislador o del presupuesto estatal y además se encuentre necesariamente en conflicto con los derechos fundamentales negativos tiene, según STERN, más inconvenientes que ventajas<sup>45</sup>.

40 E-W BÖCKENDÖRFE, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, en E-W BÖCKENDÖRFE, Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt, 1992, p. 155 y ss.

41 Ibidem.

42 Ibidem.

43 Dicho artículo dispone que la dignidad del hombre es intangible, Respetarla y protegerla es obligación de los Poderes públicos.

44 K. STERN, El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 276.

45 K. STERN, El sistema..., p. 264.

Esta peculiar forma de conceptuar los derechos sociales fundamentales, que es la que se impuso a través de la interpretación constitucional en Weimar, y que siguen algunos autores tras la Ley Fundamental de Bonn, nos introduce en el mundo de la reserva de lo posible, que es el mundo de la política, el reino de la discrecionalidad, de las decisiones políticas, en el que influye de manera capital la disponibilidad presupuestaria o mejor, las preferencias políticas de los capítulos presupuestarios, muchas veces diseñados especialmente desde una perspectiva estrictamente electoral. En este contexto, los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos condicionados.

Es decir, siguiendo a ARANGO, se trata de derechos generales positivos que alcanzan su estatuto jurídico constitucional en conexión con otras normas jurídicas, se basan en normas cuyas condiciones de aplicación no se encuentran en una sola norma fundamental, sino que se construyen a partir del texto constitucional entendido como un todo coherente a partir de una interpretación sistemática<sup>46</sup>. En fin, una construcción teórica demasiado alambicada para evitar el normal despliegue de las consecuencias jurídicas de concebir los derechos fundamentales sociales como derechos fundamentales, tema, por otra parte, como ponen de relieve las peripecias de la elaboración de la Constitución de Weimar y la de Bonn, de hondo calado ideológico, y también, de orden práctico.

En el Derecho Público Alemán, el concepto de posición jurídica fundamental, que forma parte del concepto de derecho subjetivo ofrece algunas consideraciones a partir de las cuales, sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional, se llega a categorizar tres derechos sociales fundamentales como posiciones jurídicas iusfundamentales<sup>47</sup>.

Para que exista un derecho subjetivo es menester que exista una posición jurídica pero no acontece lo mismo al revés. Hay posiciones jurídicas que no suponen la existencia de un derecho subjetivo. Sentada esta premisa, parece claro que la relación entre posición jurídica fundamental y derecho fundamental social es una relación que va de lo general a lo concreto. Es más, como señala ARANGO, los derechos fundamentales sociales son ejemplos concretos de posiciones jurídicas fundamentales. En Alemania, el artículo 2.1 de la Constitución reconoce el derecho a la vida y a la inalienabilidad corporal, derecho que vincula a todos los Poderes públicos, tal y como también acontece en la Constitución del Reino de España. Un ciudadano alemán que solicite, a partir de ese precepto constitucional, un derecho frente al Estado a la protección de su vida a través del establecimiento de asistencia médica pública implica, según muestra ARANGO, que el Estado está obligado a garantizar a ese ciudadano un servicio mínimo porque dicho ciudadano puede exigir, tiene la posición jurídica, tal asistencia mínima del Estado<sup>48</sup>. Es decir, el Estado está obligado a prestar ese servicio y el ciudadano puede exigir la realización de las competencias estatales.

Pues bien, hay tres casos en la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán en los que tres posiciones jurídicas fundamentales dan lugar a tres derechos fundamentales sociales, lo

---

46 R. ARANGO,...., p. 45.

47 R. ARANGO,.....p. 46.

48 R. ARANGO...pp. 46-47.

que demuestra que, en efecto, a través de la argumentación jurídica, a través de la racionalidad y la congruencia, cuándo se trata de asuntos conectados gravemente a la dignidad humana, es posible deducir derechos fundamentales sociales desde la misma Constitución siempre que la lesión o imposibilidad de ejercicio de la posición jurídica fundamental impide el mínimo despliegue de la dignidad del ser humano. Veamos.

El llamado fallo del *numerus clausus*, relativo a la enseñanza universitaria, permitió, señala ARANGO, dejar la puerta abierta la cuestión de si una posición jurídica de un individuo ante una prestación estatal puede derivarse directamente de las normas de derechos fundamentales<sup>49</sup>. En este tema el Tribunal Constitucional Alemán resolvió finalmente, tras diversas consideraciones acerca del nivel cultural de los ciudadanos, sobre el reconocimiento constitucional de la participación en las prestaciones estatales y sobre la existencia de condiciones de hecho que permitan un efectivo ejercicio de la libertad, señalando que tal derecho al establecimiento de cupos, o *numerus clausus*, se encuentra bajo la reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede exigir razonablemente a la sociedad<sup>50</sup>. Es decir, reserva de lo posible y racionalidad, dos conceptos abiertos, abren el espacio a la posible existencia de derechos subjetivos. Es un paso adelante, insuficiente, pero al menos permite reconocer derechos sociales fundamentales. Insuficiente porque la existencia de disponibilidades presupuestarias dependerá, a mi juicio, de la gravedad de la lesión a la dignidad humana con la que el derecho social fundamental pueda repararla.

El segundo caso de derechos sociales fundamentales como ejemplo concreto de posiciones jurídicas fundamentales es el del derecho a un mínimo vital, tema de gran actualidad que suele presentarse de forma simplista habitualmente. En este caso, en materia de ayuda social, el Tribunal Supremo Contencioso Administrativo de Alemania aceptó que se pudieran derivar derechos fundamentales sociales de las "ideas fuerza" de la Ley Fundamental de Bonn a partir del reconocimiento de posiciones jurídicas fundamentales, de posiciones jurídicas de la persona<sup>51</sup>. Tal posibilidad debería explorarse en el caso español a partir del reconocimiento de la dignidad del ser humano y los derechos que le son inherentes del artículo 10.1, de la referencia a la asignación equitativa en materia de gasto público del artículo 31.2 constitucional, y de la funcionalidad positiva y negativa de la función promocional de los Poderes públicos del artículo 9.2 de nuestra Carta Magna.

El Supremo Tribunal Contencioso Administrativo Alemán repasa en su resolución el sentido de la acción del Estado en relación con las personas necesitadas de protección social señalando que en el Derecho Prusiano la ayuda a los pobres era concedida por motivos de orden público y en razón del valor de la persona misma por lo que la persona necesitada no era objeto de la protección de las Autoridades<sup>52</sup>. Sin embargo, en el marco de la Ley Fundamental de Bonn, como razona el Tribunal Contencioso Administrativo Alemán, esta concepción ya no es sostenible porque los lineamientos principales de la Constitución de

---

49 Ibidem y BVerfG 33.

50 BVerfG 33.

51 R. ARANGO, ..., pp. 50 y ss.

52 BVerfGE1, 159.

1949 llevan a interpretar el derecho a la ayuda social en el sentido de que tal derecho impone una obligación jurídica de ayuda al necesitado y le otorga el derecho subjetivo correspondiente<sup>53</sup>. Más adelante, el Tribunal Contencioso Administrativo Alemán recuerda otra idea fuerza de la Constitución alemana en relación con la concepción del ser humano y su relación con el Estado: el individuo está sometido al poder público, pero no como vasallo sino como ciudadano, por lo que no debe ser únicamente objeto de la acción estatal, sino como personalidad independiente y moralmente responsable y por ello portador de derechos y obligaciones, lo que especialmente relevante cuándo estamos en el ámbito de las posibilidades de supervivencia<sup>54</sup>. Por todo ello, razona el Alto Tribunal Alemán, mantener el principio anterior en materia de ayudas sociales sería contrario al orden constitucional porque mientras la ley establece obligaciones de ayuda al necesitado, el necesitado tiene los derechos correspondientes y, por ello, puede pedir la protección de los juzgados administrativos en caso de que ellos sean vulnerados<sup>55</sup>.

El razonamiento del Tribunal Contencioso Administrativo Alemán, que hoy nos puede parecer sencillo y lógico, supone la asunción de que el ser humano no es objeto de la ayuda estatal sino que, por su condición de persona humana, independiente y moralmente responsable, es su titular y dispone de derechos que son especialmente atendibles en los casos en que están de por medio sus posibilidades de subsistencia. O, lo que es lo mismo, es la dignidad humana la fuente de los derechos subjetivos anudados a su esencia, entre los que se encuentra, siempre en condiciones de racionalidad humana, no técnica o tecnoestructural, el derecho al mínimo vital, pues no de otra forma puede desarrollarse libre y solidariamente un miembro de la estirpe humana.

El profesor NEUMAN explica muy bien esta cuestión tan relevante cuándo afirma que este giro copernicano acerca del sentido de la ayuda social se debe a un nuevo entendimiento de los derechos públicos subjetivos<sup>56</sup>. Ahora, señala NEUMAN, las personas necesitadas ya no son objeto del interés público pues el fundamento de los derechos subjetivos ya no es el orden público sino los derechos fundamentales de las personas. Es decir la ayuda social se articulaba para garantizar la seguridad y el orden público, Ahora la ayuda social es un derecho del individuo que, cuándo hace a sus condiciones de subsistencia bajo formas de racionalidad humana, se torna en un derecho fundamental social, probablemente de los más relevantes, pues tal característica debe ser predicada en función de la intensidad de su vinculación a la dignidad humana. Pasamos del objeto del derecho a la titularidad del derecho subjetivo. Todo un cambio que augura una nueva perspectiva en la materia, entre nosotros, inédita,

Tras esta sentencia del orden contencioso administrativo alemán, el Tribunal Constitucional del mismo país, como recuerda ARANGO<sup>57</sup>, señaló que los discapacitados

---

53 Ibidem.

54 Ibidem.

55 Ibidem.

56 V. NEUMAN, *Menschenrechte und Existenzminimum*, Neue Verwaltungszeitschrift, 5, 1995, p. 430.

57 R. ARANGO,...., p. 51.

tienen un derecho positivo general, un derecho fundamental social, a la ayuda social con fundamento en el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn en coherencia con el principio del Estado social proclamado en el artículo 20.1 de la Constitución<sup>58</sup>. El máximo intérprete de la Constitución alemana reconoce en su sentencia que el cuidado de los necesitados es una de las obvias obligaciones del Estado social. Tal aserto conduce inexorablemente al reconocimiento de la ayuda social a aquellos ciudadanos que se encuentren impedidos en su desarrollo social y personal debido a carencias físicas o espirituales. La comunidad estatal tiene en todo caso la obligación de asegurarles las condiciones mínimas para una existencia digna. Es el legislador debe decidir, en tanto en cuanto no se trate de las condiciones mínimas, con que alcance puede y debe ser otorgada la ayuda social, teniendo en consideración los medios existentes y otras tareas de igual importancia<sup>59</sup>.

Es decir, la dignidad del ser humano le dota de derechos inalienables entre los que ocupa un lugar principal el derecho a las condiciones mínimas para una existencia digna. Derecho fundamental social que parte de la posición jurídica fundamental que gozan quienes están impedidos en su desarrollo social o personal. Me interesa llamar la atención acerca de la profunda simbiosis existente entre el orden personal y el social, lo que me reconforta extraordinariamente porque la idea de la libertad solidaria, expuesta con anterioridad, encuentra pleno acomodo en estas consideraciones del Tribunal Constitucional Alemán.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Alemán deduce un nuevo derecho fundamental social, el derecho a un mínimo vital de los miembros de una familia precisamente a partir de la posición jurídica de la que goza ésta en la Constitución<sup>60</sup>. Si el Estado está obligado en caso de necesidad a asegurar a los ciudadanos desprovistos de medios a través de prestaciones sociales, tampoco puede gravar al ciudadano en sus ingresos hasta un nivel que lesione el mínimo vital<sup>61</sup>. En concreto, el mínimo vital para toda la familia, señala el Tribunal Constitucional Alemán, debe ser libre de impuestos porque también en ese caso el Estado mismo debe, cuándo al contribuyente le son sustraídos los medios necesarios para el sustento de la familia, apoyar a los miembros de la familia con el mismo monto de acuerdo con la obligación jurídica constitucional emanada del Estado social de Derecho. Si, por el contrario, se deja al ciudadano, de conformidad con la propia Constitución, encargarse de su propio sustento, es incoherente quitarle, total o parcialmente, mediante la imposición de impuestos, los medios que necesita, con la consecuencia de que entonces será el Estado el encargado del sustento al necesitado<sup>62</sup>.

En definitiva, de las decisiones sobre el derecho a un mínimo vital, sobre el derecho a las condiciones mínimas para una vida digna, y también, en el plano de la progresividad de las condiciones de dignidad de la persona, se pueden derivar o deducir derechos sociales fundamentales a partir de posiciones jurídicas fundamentales a través de una pertinente

---

58 BVerfGE 40, 121.

59 Ibidem.

60 BVerfG 82, 60.

61 Ibidem.

62 Ibidem.

y coherente argumentación jurídica que pone de relieve que el sistema jurídico del Estado social y democrático de Derecho tiene soluciones, solo faltaría, para que en la realidad y en la cotidianeidad la dignidad del ser humano es el fundamento y el centro del Derecho Público Constitucional.

Desde la perspectiva de la llamada Constitución abierta (HABERLE), que encaja a la perfección con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario desde el que intento comprender el Derecho Administrativo y todas sus categorías e instituciones, resulta esclarecedor el sentido que tienen los derechos sociales fundamentales. Por una razón capital, porque tal doctrina, en España patrocinada por el profesor LUCAS VERDÚ<sup>63</sup>, parte del principio de la dignidad de la persona como el mayor de los condicionantes de la lógica desde la que trabaja el método puramente normativo. Es decir, la Constitución abierta entraña la apertura, valga la redundancia, al hombre, a su dignidad, a los derechos que le son inherentes, y al libre y solidario desarrollo de la personalidad<sup>64</sup> y a partir de este presupuesto, se construye la teoría de los derechos fundamentales, teoría en el que tienen acomodo, los derechos fundamentales sociales o los derechos sociales fundamentales en cuánto proyección de las condiciones imprescindibles para una vida digna.

### III. REFLEXIÓN FINAL

El concepto de los derechos sociales fundamentales manejado por el profesor ARANGO pone de relieve que el principio de juridicidad no se agota en los derechos expresamente reconocidos como tales por el Ordenamiento positivo. Es posible, como demuestra agudamente el profesor colombiano, que a través de una pertinente y coherente argumentación jurídica a partir de las bases constitucionales un saludable progreso en lo que se refiere a extraer en cada momento todo el potencial que encierra la dignidad del ser humano en conexión con el Estado social y democrático de Derecho.

Probablemente, la aportación más importante de la Constitución abierta en materia de derechos sociales fundamentales reside en que precisamente el concepto de derechos fundamentales sociales no cuadra bien con su caracterización de normas programáticas sino como derechos fundamentales pues la clave de su desarrollo y contenido se cifra en la dignidad humana. Por eso, como señala RODRIGUEZ OLVERA, que trabaja en el marco de esta doctrina, no todos los derechos sociales son fundamentales, sólo lo serán aquellos que hagan a la dignidad porque ésta se convierte en el conducto para el acceso a la categoría de derechos fundamentales de la persona<sup>65</sup>.

A nuestro juicio, los derechos sociales fundamentales, ya lo hemos señalado anteriormente, son derechos fundamentales. Sin embargo, muchos autores no convienen en tal afirmación. En efecto, FORSTOFF o SCHMITT, a pesar de reconocer su relevancia, se quedaron a los pies de la eficacia jurídica y prefirieron la expresión de programas

63 P. LUCAS VERDÚ, *La constitución abierta y su enemigo*, Madrid, 1993.

64 P. LUCAS VERDÚ, *La...*, p. 31.

65 O. RODRIGUEZ OLVERA, *Teoría...*, p. 190.

constitucionales vinculantes para los Poderes del Estado, igual que BÖKENDÖRFE, que solo admitía la categoría en situaciones extremas. COSSÍO DÍAZ incluso era partidario de retirar la denominación por considerar que es más apropiada la de derechos cuando se refiere a la significación finalista o la de derechos prestacionales cuando la referencia sea la dimensión activa o material<sup>66</sup> olvidando quizás que lo central de esta categoría no reside ya en la obligación estatal sino en la dimensión operativa de la dignidad del ser humano que es.

El profesor español LUCAS VERDÚ, por su parte, de acuerdo a su pensamiento, plantea, desde su lectura del principio promocional de los Poderes públicos del artículo 9.2 constitucional, la necesidad de que los derechos sociales fundamentales, que son a los que se refiere dicho precepto, sean efectivos, realizables en la cotidianidad<sup>67</sup>. Si no lo fueran el mandato de que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas sería una quimera.

También resulta pertinente traer a colación las tesis de HABERLE que, como sabemos, patrocina que los derechos fundamentales de la persona no se pueden desconectar de su dimensión social. Este autor parte de la dignidad humana como base antropológica cultural del Estado constitucional inherente a todos los miembros de la familia humana<sup>68</sup> y de que existe una cláusula de "numerus apertus" en materia de derechos fundamentales que la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos proclamó al entender que el repertorio de los derechos fundamentales establecido en la Carta Magna no puede interpretarse en forma que nieguen o menoscaben otros derechos que el pueblo conserva. Y que, además, en determinados momentos pueden hacerse más explícitos y dignos de reconocimiento a través de la argumentación jurídica asentada en las ideas fuerza de la Constitución. El propio ALEX Y reconoce en este sentido que no puede afirmarse que exista un sistema de derechos fundamentales cerrado, sino abierto, pues la existencia del derecho general de libertad mantiene abierta la posibilidad de nuevos derechos definitivos y de nuevos derechos tácitos<sup>69</sup>.

Como es sabido, ALEX Y diferencia entre derechos fundamentales y principio de igualdad y entiende que los derechos de prestación, los derechos prestacionales, son también derechos fundamentales, son los derechos fundamentales sociales o derechos sociales fundamentales<sup>70</sup>. Los derechos fundamentales sociales son normas porque todo lo que forma parte de la Constitución tiene conformación normativa, y éstos, nominada o innominadamente, tienen esta naturaleza y, por ende son vinculantes. El problema de la consideración de los derechos sociales en general como programas o Principios rectores de la política social implica una forma de entender la discrecionalidad desconocedora de la centralidad y la capitalidad de la dignidad del ser humano pues no de otra forma

66 J.R COSSÍO DÍAZ, Estado social y derechos de prestación, Madrid, 1989, pp. 46, 47, 252 y ss.

67 P. LUCAS VERDÚ, Estimativa y política constitucionales, Madrid, 1984, p. 20.

68 P. HABERLE, El concepto de derechos fundamentales, ponencia en la Universidad Carlos III del 2 de junio de 1993. Vid. pp. 20 y ss.

69 R. ALEX Y, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 1997, p. 365.

70 R. ALEX Y, Teoría..., p. 545.



debe juzgarse la decisión de no aplicar directamente los derechos fundamentales sociales por falta, por ejemplo, de disponibilidad presupuestaria. Por eso, la efectividad de los derechos fundamentales sociales depende de que los Poderes del Estado den el tratamiento preferente y vinculante a las normas que se derivan de la dignidad del ser humano a partir del reconocimiento básico del derecho a unas condiciones mínimas que permitan una vida humana y, a partir de ahí, a la progresividad de la misma dignidad para alcanzar mayores cotas de libre y solidario desarrollo para cada persona.

Es decir, se debe dar este tratamiento directamente vinculante a las disposiciones constitucionales que versan sobre derechos complementarios a la libertad jurídica, que perfeccionan a la igualdad y engrosan la justicia dignificante del libre desarrollo de la personalidad<sup>71</sup>.

ALEXY, como hemos señalado, sostiene que existen determinados derechos fundamentales sociales porque no todos los derechos sociales son fundamentales. Serían los denominados derechos a prestaciones en sentido estricto, derechos del individuo frente al Estado que, si el individuo poseyera medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo también de particulares<sup>72</sup>. Por tanto, la existencia de los derechos fundamentales sociales parte del principio de subsidiariedad, en la medida que la sociedad no es capaz de garantizarlos, entran los Poderes públicos para reconocimiento, su promoción y su facilitación.

La base de la existencia de los derechos fundamentales sociales reside en la dignidad del ser humano, matriz cultural central de la cultura jurídica occidental. La dignidad humana no es un concepto ambiguo o abstracto, sino que es tan concreto como la necesidad real y cotidiana de la existencia a un mínimo de condiciones que permita una vida digna. Es más. Es genuina expresión de la normatividad porque es la mayor proyección de la justicia misma. Si la dignidad se reduce a un mero objeto de ponderación que puede ser relativizado o mediatizado, entonces la existencia misma de la categoría de los derechos fundamentales es puesta en cuestión. Otra cosa es que partiendo de ese suelo mínimo de condiciones de dignidad, en cada momento, puedan existir mayores y mejores condiciones de vida.

La estimativa valorativa o axiológica juega en este punto un gran servicio puesto que la perspectiva racionalista de los derechos fundamentales debe abrirse, por mor de la capitalidad de la dignidad humana, a una visión más abierta, plural, dinámica y complementaria. No es, como señala RODRIGUEZ OLVERA, el principio de libertad fáctica la piedra de toque de para el reconocimiento de los derechos fundamentales sociales<sup>73</sup>. Más bien, desde la Constitución abierta por exigencias de la fundamentalidad de la dignidad del hombre, es desde donde mejor se puede entender la efectividad la realidad de los derechos fundamentales sociales<sup>74</sup>.

Tal y como muestra el caso alemán, la jurisprudencia constitucional está abriendo caminos hace años inéditos en materia de reconocimiento de derechos fundamentales

71 O. RODRIGUEZ OLVERA, *Teoría...*, p. 235.

72 R. ALEXY, *Teoría...*, p. 482.

73 O. RODRIGUEZ OLVERA, *Teoría...*, p. 241.

74 *Ibidem*.

sociales gracias a la argumentación e interpretación que parte de la dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad y de los derechos inherentes a la persona iluminados desde los postulados y vectores del Estado social y democrático de Derecho.

En definitiva, los derechos sociales fundamentales son posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento ocasiona al titular un daño obvio –daña gravemente la dignidad humana– sin justificación jurídica<sup>75</sup>. Para que exista un derecho subjetivo debe existir una posición jurídica mientras que obligación y norma jurídica son condiciones necesarias pero no son suficientes del derecho subjetivo<sup>76</sup>. Como las posiciones jurídicas se fundan en razones jurídicas válidas y suficientes se pueden definir los derechos subjetivos como posiciones jurídicas y como los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales entonces, de acuerdo con ARANGO son derechos subjetivos de especial relevancia y carácter positivo genera<sup>77</sup>. Si admitimos que la racionalidad, que la argumentación racional, en el contexto de la justicia por supuesto, juega un papel básico en esta categoría de derechos, podemos estar de acuerdo con ARANGO en que doctrina y jurisprudencia pueden deducir derechos sociales fundamentales, derechos positivos generales, de posiciones iusfundamentales<sup>78</sup>.

---

75 R. ARANGO, El concepto..., p. 56.

76 Ibidem.

77 R. ARANGO, El concepto..., pp. 56–57.

78 R. ARANGO, El concepto..., p. 57.