

EFFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA*

EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN SPAIN

EFFICACITÉ DES DROITS SOCIAUX EN ESPAGNE

Laura Eugenia RODARTE LEDEZMA**

RESUMEN: La base de los derechos sociales es la dignidad humana y, debido a ella el Tribunal Constitucional español está facultado para realizar una interpretación de los derechos sociales de manera amplia y progresiva. Por lo cual es necesario abandonar los principales presupuestos doctrinales que tienden a justificar la protección excluyente y limitada de los derechos sociales.

Palabras clave: dignidad humana, derechos sociales, progresividad, eficacia.

ABSTRACT: The basis for social rights is human dignity and, because of it the Constitutional Court of Spain is vested with the power to interpret social rights in a broad and progressive manner. Therefore, it is necessary to abandon the main doctrinal assumptions that tend to justify an exclusionary and limited protection of social rights.

Keywords: human dignity, social rights, progressiveness, effectiveness.

RÉSUMÉ: La base des droits sociaux est la dignité humaine et dû à cela le Tribunal Constitutionnel espagnol est habilité à effectuer une interprétation des droits sociaux au sens large et progressif. C'est pourquoi il est nécessaire d'abandonner les principaux présupposés doctrinaux qui tendent à justifier la protection excluant et limitée des droits sociaux.

Mots clés: dignité humaine, droits sociaux, progressivité, efficacité.

* Recibido el 23 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Abogada (Universidad de Guadalajara); maestra en Derecho Constitucional (INCAM-CEDEJUS y CEPC-UIIMP, Madrid). Contacto: irgo_17@hotmail.com.



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos sociales*. III. *Los derechos sociales: interpretación del tribunal constitucional en tiempo de crisis*. IV. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se realiza un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales. En concreto, las SSTC 49/2015 (pensiones); 26/2016 (educación), y 16/2018 (vivienda). Dicho estudio posibilita realizar un análisis comparativo de la interpretación de los derechos fundamentales respecto de los derechos sociales contenidos en los denominados principios rectores de la política social. Así, el análisis jurisprudencial permitirá comprender si el Tribunal Constitucional aplica presupuestos doctrinales limitativos en la protección de los derechos sociales.

En el segundo apartado se analiza el término *Estado social*, y destaca la naturaleza jurídica de los derechos sociales. Luego, se realiza una breve crítica a los principales presupuestos doctrinales que tienden a justificar la protección de estos derechos de manera excluyente y restringida. Finalmente, se señala cuál es la concepción que de ellos se tiene en el ordenamiento jurídico español. Lo anterior permite comprender la noción y contenido de los derechos sociales, lo cual sirve de base para intentar aclarar el problema de la eficacia que presentan en el ordenamiento jurídico español, al menos desde la dogmática constitucional.

Asimismo, en la tercera parte del trabajo se realiza un análisis de la interpretación del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales. Este apartado, en concreto, posibilita el análisis de los derechos sociales respecto a: el grado de restricción que pueden sufrir; el margen de apreciación que se otorga al legislador; el contenido esencial, y la proporcionalidad de las medidas tomadas por cuestiones de extraordinaria y urgente necesidad respecto de la vulneración o limitación de un derecho social, entre otros.

Por último, se plantean diversas obligaciones del Estado y se estudia una serie de estrategias de exigibilidad de los derechos sociales. El estudio de dichas estrategias hace posible precisar si han sido aplicadas en las resoluciones del Tribunal Constitucional español y, por consiguiente, saber si es posible alcanzar la eficacia de los derechos sociales a través de su protección indirecta.

II. DERECHOS SOCIALES

1. *Estado social*

Es con la Constitución de Querétaro, de 1917, que surge el denominado *constitucionalismo social*, con el que se elevaron a rango constitucional los diversos postulados de transformación social: ideas que se continuaron tras la posguerra con la de Weimar, de 1919. Con estos textos situamos el nacimiento del llamado *Estado social*, aunque el proceso de transformación definitivo se dio en el constitucionalismo democrático que surgió después de la Segunda Guerra Mundial, con la reivindicación de los derechos, la democracia y la consolidación de la justicia constitucional, pues es con la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, que la fórmula “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional.¹ Dicha expresión tiene su origen en Hermann Heller, Lasalle y Stein,² la cual surge con diferentes matices que intentan dar respuesta a la denominada cuestión social, en un primer sentido, dotando al Estado de derecho de contenido social (se dota al Estado de derecho de contenido económico y social, y con ello se evita toda clase de dictaduras o fascismos); en otro, el Estado como instrumento de transformación social (como mecanismo de autodefensa), y el que plantea la reforma social (el problema social como fin del Estado).³

Ante los diversos contenidos que pueden asignarse al término *Estado social*, resulta una tarea difícil establecer una definición, por lo que trataré de señalar algunos aspectos generales que le son aplicables. El Estado social es diferente al Estado de bienestar y al Estado asistencial,⁴ pues estos son adoptados desde

¹ Véanse los artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, de 1949.

² Véanse Heller, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 275-301; Lasalle, Ferdinand, *El sistema de derechos adquiridos*, 1861, en edición alemana: *Das System der Erworbenen Rechte*. Un análisis lo encontramos en Cole, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista. Los precursores (1789-1850)*, 3a. ed., trad. de Rubén Landa, México-Buenos Aires, FCE, 1964, t. I, pp. 9-18; Stein, Lorenz von, *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

³ Véanse Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, pp. 43 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984, pp. 337-340.

⁴ Cfr. Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, 2003, pp. 139-146. El autor señala que la consecución

un enfoque político y, en ocasiones, socioeconómico. En cambio, el Estado social tiene naturaleza jurídica. En España, y de acuerdo con el artículo 9.1 de la Constitución, tanto la propia Constitución como el resto del ordenamiento se admiten como normas jurídicas,⁵ aunque el Estado social no se configura como una regla, sino como un principio; es decir, como un mandato de optimización de un valor o bien jurídico, en este caso de igualdad, susceptible de interpretación por los tribunales a través de un ejercicio de ponderación.

Además de eso, la seguridad social es una de las claves y elemento distintivo del Estado social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o riesgo, o la cobertura de situaciones de necesidad.⁶ Tal como lo señala Benda, la “seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”,⁷ e implica para el Estado una obligación de satisfacer algunas necesidades básicas de las personas y una creciente intervención en la redistribución de bienes y servicios que permitan alcanzar la justicia social.

Ahora, tanto la asistencia en caso de riesgo o siniestro como la cobertura de situaciones de necesidad son factores que exigen que el Estado asuma un nuevo papel. Esta es una de las transformaciones que, en mayor medida, van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.⁸

Así, la legitimación de los poderes públicos no sólo dependerá de su *abstención* o *no intervención*, sino también de la promoción que de los derechos realicen, principalmente tratándose de los sociales. Como señala Luigi Ferrajoli, sobre el cambio de legitimación del Estado, “mientras el Estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar

de un Estado de bienestar es perfectamente posible sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado social de derecho. Ahora, las prestaciones otorgadas en el Estado social son principalmente para quienes las necesitan, no están supeditadas a que se otorguen sólo a los contribuyentes.

⁵ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 41-71.

⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

⁷ Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en Maihofer, Werner *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

⁸ Carbonell, Miguel, “Los derechos sociales: elementos para una lectura clave normativa”, en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 187. Del mismo autor: *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2011.

para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja”.⁹ De esta manera, el Estado social como Estado constitucional trata no solamente de que el primero se constituya en una manifestación de buenas intenciones, sino que se acompañe de preceptos constitucionales que permitan a los poderes públicos intervenir para lograr el efecto deseado.

2. *Derechos sociales: naturaleza, concepto y características*

Para abordar la naturaleza, el concepto y las características de los derechos sociales se señalarán algunos elementos que se encuentran presentes en la doctrina cuando se usa la expresión “derechos sociales”, y que, además, permitirán precisar y comprender el contenido de estos derechos. Sin lugar a duda, la noción de derechos sociales no es homogénea entre los autores, por lo que resulta, en muchos casos, imprecisa y ambigua. Lo anterior servirá de base para intentar aclarar el problema de eficacia que presentan en el ordenamiento jurídico español, al menos desde la dogmática constitucional de la cual deriva, en principio, su naturaleza jurídica y prestacional.

Los derechos sociales tienen que ser entendidos como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno.¹⁰ Así, estos deben ser entendidos como normas jurídicas, aunque su efectividad dependa, en ocasiones, de la interpretación limitada de dichos derechos por parte del juzgador, al considerarlos sólo como meros principios rectores o como derechos axiológicamente subordinados —pues esto último es una idea ampliamente extendida, pero no por ello una posición que deba perpetuarse—, y, por otro lado, del desarrollo legislativo que de los mismos se realice.

A. *Los derechos sociales como derechos prestacionales*

En relación con los derechos sociales como derechos prestacionales, hay que atender al contenido de la obligación que radica en su carácter positivo. Aunque hay derechos sociales que se apartan de dicha característica, como la libertad sindical y otros que requieren una intervención del Estado pero que tampoco pueden calificarse como tal y que pueden derivar, entre otros, del

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino *et al.*, Madrid, Trotta, 1995, p. 862.

¹⁰ Carbonell, Miguel, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 190.

contrato laboral, como la duración de la jornada máxima de trabajo (diurno o nocturno) o el salario mínimo de que deberá disfrutar el trabajador, entre otros.

Lo anterior significa que no todos los derechos sociales son derechos prestacionales; pero tampoco todos los derechos que implican una prestación pueden calificarse como sociales. Por ejemplo, el de la tutela judicial efectiva o la defensa o asistencia de un letrado difieren de esta característica, además de entender que los anteriores se aplican a todos los derechos cuando se pretende su protección ante tribunales.

Así, aunque los derechos prestacionales requieren que el Estado intervenga, no todos los derechos deben calificarse como prestaciones, ya que estos comprenden una obligación de carácter positivo de dar o hacer pero, en principio, en el sentido en que se ha señalado con anterioridad, pues para clasificar un derecho como prestacional no se requiere que éste sea considerado propiamente como un derecho social, por lo que también hay que atender a los fines del Estado y esto obliga a que se incluyan tanto derechos sociales como civiles y políticos, sin distinción.

Por ello, hay que advertir que, cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto, nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: subsidios de enfermedad o vejez, sanidad, educación o vivienda.¹¹

B. *Los derechos sociales como derechos de igualdad*

En principio, cuando se habla de derechos sociales como derechos de igualdad, se entiende que la *igualdad* se configura como el goce de un régimen jurídico diferenciado respecto de una cuestión de hecho que trata de ser limitada y no como una realidad.

Así, se configura primero como una *igualdad formal* y luego como *igualdad material*, entendiendo que hay una relación entre ambas, puesto que en la interpretación de la norma el juez tiende a eliminar aquellas formas de discriminación que son proclives a todo tipo de arbitrariedad, ya sea por parte de los particulares o de los poderes públicos. Es decir, el principio de *igualdad formal* o *de trato* por sí sólo presenta una imagen mitificada de la realidad, pues queda subsumido al principio de la legalidad y no permite transformarla, por lo que

¹¹ Sobre el sentido estricto de los derechos prestacionales véase Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Añón Roig, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 21.

la respuesta que aporta puede considerarse como deficitaria, y al hacerla efectiva se trata de aplicarla también en su aspecto material.

Lo anterior, sin dejar de lado que el concepto de igualdad presenta diversas dificultades al ser vago, polisémico y de difícil delimitación y, además, que atañe a distintos sectores de las ciencias sociales, pues ha sido estudiado por el derecho, la economía, la sociología y la política, entre otros. Así, sobre dicho concepto, hay que tener en cuenta lo que afirmó Francisco Rubio Llorente:

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones.¹²

Aunque es un tratamiento breve sobre el principio de igualdad, lo anterior permite señalar que la característica *relacional* le otorga una apertura desde un punto de vista histórico, pues establece distintos parámetros que sirven como elementos de comparación e interpretación de los derechos. De esa manera, es el que juzga al que corresponderá construir dichos parámetros, aunque no de manera arbitraria, ya que éste debe fundamentar el porqué de su razonamiento; esto es, existe una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor realizados.

Lo que habría que entender es si el principio en cuestión ha de ser entendido como norma jurídica. Así, la igualdad formal se traduce en una exigencia al Tribunal Constitucional que actúa como legislador negativo declarando la nulidad, derogación, reforma o modificación en la interpretación de la norma.¹³

Contrario a lo anterior, tratándose de la igualdad material, entonces el Tribunal Constitucional sustituye al legislador, en virtud de que éste deberá crear una norma que vincule un derecho con cierta posición de hecho. Reafirma esta idea Pietro Sanchís, cuando señala que lo anterior no impide que pretensiones de igualdad puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad. Lo mencionado parece inviable por las facultades propias del Tribunal Constitucional, pero puede darse en tres supuestos: cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho funda-

¹² Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.

¹³ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Gasío, Madrid, Tecnos, 1995.

mental de naturaleza prestacional; cuando concurre con otro derecho, aunque no sea de naturaleza prestacional, y cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada de una exigencia de igualdad formal.¹⁴

C. *Los derechos sociales como derechos subjetivos*

Autores como Prieto Sanchís han señalado que en el caso de los derechos sociales prevalece la *dimensión positiva* respecto de la subjetiva,¹⁵ esto por la idea de abstención o intervención del Estado tratándose de los derechos civiles y políticos respecto de los sociales. Sin embargo, esta es una concepción que hay que matizar, pues no marca una separación tan clara entre los distintos derechos.¹⁶

Por otro lado, la *dimensión subjetiva* de los derechos habría que entenderla en términos en los que se atribuyen facultades a las personas para el ejercicio de una acción, y no propiamente como característica en particular de los denominados derechos fundamentales. Dicho lo anterior, hay que señalar que la dimensión subjetiva de los derechos opera frente al Estado y los particulares.

Por lo anterior, hay que enfatizar que dicha dimensión subjetiva no es una característica específica de los derechos civiles y políticos, sino que se atribuye a las personas como facultad para el ejercicio de una acción.

3. *Principales presupuestos doctrinales de los derechos sociales*

En primer lugar, se realizará una crítica a algunos de los presupuestos doctrinales que justifican la protección de los derechos sociales de manera excluyente y limitada, y luego se plantearán algunas ideas generales que permitan la reconstrucción del valor de los derechos sociales. Con ello se intentará establecer un antecedente de las ideas aún imperantes en las resoluciones del Tribunal Constitucional español a través de un análisis casuístico, señalando si se mantiene o no la apreciación de los derechos sociales en ese sentido, máxime en una situación de crisis económica.

¹⁴ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ *Ibidem*, p. 25. Aunque el autor lo establece como dimensión objetiva, hay que entenderla como aquella que prescribe una obligación.

¹⁶ Véase STC 247/2017, en la que se reitera el criterio de la STC 25/1981, sobre la doble naturaleza de los derechos fundamentales.

A. *Los derechos sociales como derechos positivos*

Los derechos sociales como derechos positivos exigen una acción positiva de intervención por parte del Estado y no sólo una abstención, aunque los denominados derechos civiles y políticos también se encuentran en el primer supuesto, pues en el ejercicio o protección de los derechos siempre interviene el Estado, de ahí que se requiera contar con una estructura mínima estatal para la protección de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales.¹⁷ Aunque, tratándose de los derechos sociales, la estructura estatal resulta mucho más compleja, dado que ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicos sólo conocidos en el Estado contemporáneo.

Dicho lo anterior, ni los derechos civiles y políticos pueden considerarse únicamente como derechos negativos que impliquen sólo la abstención por parte del Estado ni los derechos sociales sólo como derechos positivos que comprendan una prestación por parte de éste. Por ejemplo, el derecho a la prohibición de tortura, considerado por algunos autores como un derecho absoluto,¹⁸ conlleva una prohibición a los agentes del Estado y, por otro lado, a la existencia y obligación de adoptar medidas que la eviten.

En definitiva, todos los derechos civiles y políticos, al igual que los sociales, presuponen la asignación de recursos, por lo que la disyuntiva en este caso es cómo y con qué prioridad se asignan los recursos para garantizar unos u otros derechos.¹⁹ Por lo que derechos como el sufragio universal o la libertad de expresión en sí, no compensan la pobreza, la ignorancia o la insalubridad de las personas. Definitivamente, son los derechos sociales los que aseguran a las personas o grupos vulnerables, y con ello, el desarrollo de su individualidad.

¹⁷ Cfr. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. de Stella Mastrangelo, México, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 55-69. Se señala que es inadecuada la distinción entre derechos positivos y negativos, pues los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos.

¹⁸ Cfr. Canosa Usera, Raúl *et al.*, “La eficacia de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, en Huerta Tocildo, Susana y Pérez Manzano, Mercedes (coords.), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 211-297.

¹⁹ Véanse Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *op. cit.*, pp. 27 y 63-80; Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 28-30; Terol Becerra, Manuel (dir.), *Del bienestar en la Constitución española y de su implementación (1978-2011)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 129 y 132-134.

B. *Los derechos sociales como derechos de segunda generación*

Desde otra perspectiva, la clasificación de los derechos sociales como derechos de segunda generación²⁰ excluye experiencias históricas en las que se aprecia el carácter complementario entre derechos civiles, políticos y sociales y tiende a reducir la compleja historia de lucha y reivindicación de los derechos sociales.²¹

Por otro lado, privilegia la dimensión normativa de los derechos utilizando como marco la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), estos últimos de 1966. Es decir, las categorías se fijan atendiendo a un momento histórico determinado (fecha de adopción, firma, ratificación y adhesión del instrumento), cuestión que enfatiza la problemática, pues contraviene los principios que tienen en común todos los derechos humanos en el plano internacional de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

Por eso la idea de que los derechos sociales son simplemente derechos tardíos no debe servir de excusa a jueces, legisladores o cualquier otra autoridad para privilegiar los derechos civiles y políticos, ya que la permanencia de esta idea propicia una reflexión restrictiva y excluyente de la protección de los derechos sociales.

C. *Los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados*

La idea de los derechos sociales como derechos exclusivamente de igualdad ha predominado como una forma de justificar la protección excluyente y limitada de dichos derechos.²² En realidad, los derechos sociales no sólo guardan una relación con el principio de igualdad; están relacionados con el de dignidad y el de libertad.

Ahora, la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos; lo que constituye a la persona como un fin en

²⁰ Vasak, Karel (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Unesco, 1979, pp. 16-33. Es Vasak quien propone la clasificación generacional de los derechos.

²¹ Véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 35 y 36.

²² *Ibidem*, pp. 39-52.

sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.²³ Debe defenderse que la base de los derechos humanos es la dignidad y debe compartirse la idea de Jorge Carpizo, que señala que “la dignidad de la persona está por encima de consideraciones positivistas y, debido a ella, nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de sus derechos”.²⁴ Se podría decir, además, que de ésta emanan los principios de igualdad y libertad y añadir que otro de los rasgos distintivos de los seres humanos es la capacidad de razonar, que deriva en la capacidad de decidir, cuestión que implica, necesariamente, cierto margen de libertad. Luego, esta capacidad de razonar implica que todos sean iguales y merezcan la misma protección y respeto de los derechos.

Tanto el PIDCP como el PIDESC señalan en su preámbulo que el reconocimiento de los derechos se deriva o desprende de la dignidad inherente a la persona humana. La Constitución española (CE) señala, en su artículo 10.1, que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social, y el artículo 14 establece el derecho de no discriminación, estableciendo así una relación intrínseca con el artículo anterior, en virtud de que las prohibiciones en éste no sólo representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente arraigadas que han situado a sectores de la población en situaciones de desventaja y, además, contrarias a la dignidad humana reconocida en el texto constitucional.²⁵

En otro sentido, parece que la prioridad axiológica de los derechos también viene otorgada por la denominación de éstos, ya sea que se les considere como derechos fundamentales o derechos humanos, en tanto que los primeros se constituyen como aquellos reconocidos en el ordenamiento nacional. Sin embargo, habría que considerar como fundamentales los derechos humanos que se encuentran en tratados internacionales que han sido ratificados por los Estados,²⁶ y no sólo por la ratificación, sino por encontrar que la dignidad hu-

²³ Nogueira Alcalá, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009, pp. 11-14. Al respecto véase Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

²⁴ *Ibidem*, pp. 3-29.

²⁵ STC 31/2018 y STC 39/2002.

²⁶ Véase Sáiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional del derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 53.

mana es la base de uno y otro ordenamiento jurídico, sin olvidar el *ius cogens*, que constituye normas reconocidas internacionalmente que obligan a los Estados.

Así, al constituirse la dignidad de la persona en la base de los derechos, entonces tenemos que las características de indivisibilidad e interdependencia se aplican a todos los derechos, los cuales forman una unidad. Desde luego, nada impide que los derechos civiles y políticos se constituyan como instrumentos que aseguran la protección de los derechos sociales y viceversa.

4. *Derechos fundamentales en el ordenamiento español*

El artículo 1.1 de la CE define la forma política del Estado en un “Estado social y democrático de derecho”. Aunque constitucionalmente no se establece una diferencia jerárquica, en la práctica el principio del Estado social —el más importante para fines de este trabajo— parece quedar supeditado al democrático.²⁷ En todo caso, tal fórmula constituye una noción en la que sus elementos no pueden desasociarse unos de otros. En este sentido, Manuel García Pelayo señala que “cada uno de los términos sin perjuicio de su propia autonomía está vinculado con los demás mediante relaciones de coordinación que, de un lado, establecen limitaciones a su desarrollo y, de otro, amplían sus posibilidades de realización”.²⁸

Desde esa perspectiva, la fortaleza de la expresión contenida en el artículo 1.1 de la CE deriva en un diseño constitucional al que deben someterse las autoridades del Estado, pues los valores superiores que propugna configuran la base consensual de un texto indisponible, incluso para el legislador.²⁹ De forma que no se constitucionalizaron tres tipos diferentes de Estado; éstos forman una unidad.

Ahora, en el constitucionalismo español la expresión “derechos fundamentales” se refiere a aquellos derechos que se encuentran garantizados por la Constitución —sin dejar de lado que son derechos que se reconocen a todas las personas y, en algunos casos, sólo a los ciudadanos—. ³⁰ Luego, los

²⁷ STC 193/2011, donde se enfatiza la relevancia del derecho de reunión respecto del principio democrático participativo. En dicho asunto se pretendió proteger de manera indirecta el derecho al trabajo. Véase también 236/2007, STC/170/2008, y STC 301/2006.

²⁸ García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II, p. 1634.

²⁹ Jimena Quesada, Luis, “Devaluación y blindaje...”, *cit.*, pp. 18 y 19.

³⁰ *Cfr.* Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, 1989, pp. 36-43; Peces-Barba, Gregorio,

derechos fundamentales, en razón de su estructura, se caracterizan por constituirse en principios y no en reglas, de ahí que su interpretación se realice mediante un ejercicio de ponderación. Dicho esto, aunque no todos los derechos fundamentales se constituyen en principios, cierto es que los principios cobran especial relevancia tratándose de derechos fundamentales. De hecho, una de las funciones principales de los derechos fundamentales es la *protección*, que es vinculante para todos los poderes públicos y es más álgida cuando existe un sistema de control de constitucionalidad efectivo.³¹

Ahora, el artículo 53 de la CE nos dice que todos los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo “*vinculan* a todos los poderes públicos”; es decir, incluye los titulados como “Derechos y libertades” y “De los derechos y deberes del ciudadano”. Sin embargo, el artículo distingue dos grupos de derechos a los que dota de diferentes garantías: *a)* los derechos fundamentales, en los que podemos ubicar a los derechos sociales fundamentales, y *b)* los principios rectores de la política social y económica.³² Luego, la Constitución reconoce la mayor parte de los derechos sociales en el segundo grupo, mismos que se ven afectados por lo señalado en el artículo 53.3 de la CE, que establece: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero *informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. O sea, estos últimos no se configuran como verdaderos derechos fundamentales al condicionar su invocación frente a un juez al desarrollo legislativo, pues no son considerados como directamente aplicables, lo que parece significar que se les otorga un carácter meramente programático cuando el texto constitucional dice que “*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”.³³

Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 482-489; Rubio Llorente, Francisco, “Los derechos fundamentales”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 75, 1997, pp. 2-10; Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, p. 363; Bernal Pulido, Carlos, “Derechos fundamentales”, en Fabra Zamora, Jorge Luis et al. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II, pp. 1574-1592.

³¹ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, ONU-SCJN, 2013, p. 13.

³² Véase Vega, Pedro de, “El problema de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997, pp. 373 y 374.

³³ *Cfr.* Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 40. El autor señala que los principios rectores de la política social y económica

Sin duda, los principios rectores, como todos los valores y principios de la Constitución, tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales.³⁴ Lo que significa que no puede alegarse que ante la posible vaguedad de los denominados principios rectores de la política social falte una norma jurídica, pues éstos no dejan de ser vinculantes a los poderes públicos, y así lo reafirma Pietro Sanchís, cuando señala que la fuerza jurídica y el valor constitucional de las disposiciones de principios están hoy suficientemente acreditadas.³⁵ Es decir, a pesar de que se establece como obligación el desarrollo legislativo de dichos principios, ante una posible omisión del legislador el contenido constitucional de tales derechos no impide que en el curso de un proceso el juez los proteja de manera indirecta, argumentando la viabilidad del porqué su protección a través de otro derecho considerado como fundamental.³⁶

III. LOS DERECHOS SOCIALES: INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TIEMPO DE CRISIS

Son numerosos los asuntos en los que se analizan derechos sociales o algunas de las implicaciones que éstos conllevan, pero ante la imposibilidad de contribuir con un estudio extenso del tema, abordaré los siguientes: SSTC 49/2015 (pensiones); 26/2016 (educación), y 16/2018 (vivienda). Por un lado, porque han sido referentes de resolución de asuntos posteriores;³⁷ por el otro, posibilita realizar un análisis comparativo de la interpretación de un derecho fundamental social respecto de los denominados principios rectores de la política social. Dicho análisis jurisprudencial me permitirá analizar si los presupuestos doctrinales de los derechos sociales se aplican en su interpretación.

(derechos sociales), no se reconocen en la Constitución española como verdaderos derechos fundamentales.

³⁴ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 74. Es importante señalar que cuando hablo de los denominados principios rectores de la política social y económica, siempre me referiré a los derechos sociales.

³⁵ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 37-39.

³⁶ Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 168-224.

³⁷ En relación con las SSTC 26/2016 y 16/2018 véanse, entre otras, SSTC: 54/2016 FJ 2; 67/2016 FJ 2, 3, 4 y 5; 84/2016 FJ 2, 3, 4, 5 y 6; 32/2018 FJ 4; 43/2018 FJ 3, 4 y 5, y 80/2018 FJ 2, 3 y 4.

1. STC 49/2015. Sobre pensiones

La sentencia del Tribunal Constitucional 49/2015, del 5 de marzo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1114-2013 interpuesto por 146 diputados integrantes de diversos grupos parlamentarios en contra del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, del 30 de noviembre, en el que se configuran medidas de consolidación y garantía del sistema de seguridad social.³⁸ Esta sentencia cobra especial relevancia al plantear en el asunto una cuestión de irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales.

En el recurso interpuesto la parte recurrente señaló que dicho precepto vulneraba los artículos constitucionales siguientes: el 9.3, que garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales”; el 33.3, que reconoce que nadie puede ser privado de sus derechos sin la correspondiente indemnización; el 41, referente a que “Los poderes públicos *mantendrán* un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”, y el 50, que dice que “Los poderes públicos *garantizarán*, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”. Argumenta que el artículo 2.1 establece una retroactividad auténtica, pues afecta un derecho subjetivo plenamente adquirido y que se encuentra, por tanto, en el patrimonio individual. Al mismo tiempo señala que se ha procedido a la expropiación de un derecho sin otorgar una indemnización a los perjudicados. Además, vulnera de manera clara el artículo 50 de la CE, que establece un mandato constitucional con el que limita la actividad del legislador para disponer de manera plena respecto de las pensiones.

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional reconoce al legislador un margen de discrecionalidad para que éste, es su caso, realice una valorización de las pensiones de acuerdo con las circunstancias económicas y sociales existentes en cada momento. Señala que no puede hablarse de un derecho adquirido, pues los pensionistas sólo tenían una expectativa al momento de aprobarse

³⁸ El artículo 2.1, sobre la actualización y revalorización de las pensiones, dispone: “Se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril”.

el Real Decreto-ley, por lo que no se había incorporado al patrimonio de la persona. Finalmente, concluye que no se puede calificar como medida expropiatoria, pues en ningún caso son expropiables y, por tanto, indemnizables las expectativas. Por lo que desestimó dicho recurso de inconstitucionalidad.³⁹

Sin embargo, en el voto particular de los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Luis Ignacio Ortega Álvarez, y al que se adhirieron Adela Asua Barranta y Juan Antonio Xiol Ríos, expresaron que la “loable síntesis” de la sentencia, y la reiteración de lo que el Tribunal Constitucional ha señalado sobre el principio de irretroactividad, probablemente reside “en la escasa importancia que parece querer transmitirse sobre el fondo del asunto”, y afirman que el “reconocimiento de determinados derechos por la Constitución no es una mera declaración vacía de contenido”, en virtud de que presenta una relación con el artículo 1.1 de la CE que establece que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, siendo, en tal sentido, “exigible” su garantía material y debido cumplimiento.⁴⁰

Además, en esta opinión disidente, por añadidura se señala que el asunto planteaba una cuestión relacionada con la irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales a raíz de las medidas adoptadas por el legislador, pues se plantea que en caso de que el legislador adopte medidas regresivas debe justificar con mayor complejidad el porqué de su pretensión o restricción, pues en el caso en comento dicho derecho ya tenía un concreto desarrollo. De igual forma, reitera que del análisis del artículo 53.3 de la CE hay que entender al legislador como máximo responsable de ejercitar la eficacia jurídica de los denominados principios rectores de la política social y económica, y para consolidar este argumento, destaca el contenido del artículo 10.1 de la CE, incluido, entre otras, en la STC 57/1994, en la que “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, un *minimum invulnerable*”.⁴¹

También, el voto particular nos habla de un derecho a la actualización de las pensiones, el cual garantiza el poder adquisitivo de las mismas. Concluye el voto señalando que lo indicado en la sentencia “conduce de manera irremediable a privar de la menor significación jurídica al precepto aquí debatido”, pues la acción del legislador no fue propiamente la supresión de un derecho

³⁹ STC 49/2015 FJ 5.

⁴⁰ *Ibidem*, FJ 1 y 2.

⁴¹ *Ibidem*, FJ 2 y 3.

adquirido, sino la suspensión de un derecho no consolidado, cuestiones, las anteriores, que no fueron abordadas en el estudio del asunto.⁴²

2. STC 26/2016. Sobre educación

La sentencia del Tribunal Constitucional 26/2016, del 18 de febrero de 2016, resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4528-2012 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en contra de diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2012, del 20 de abril, sobre medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. Su importancia radica en que, además de ser un asunto piloto,⁴³ posibilita analizar el planteamiento que se realiza sobre el margen de apreciación que el legislador tiene en materia de derechos sociales y la proporcionalidad entre medidas tomadas por cuestiones de extraordinaria y urgente necesidad y la vulneración o limitación del derecho a la educación.

La recurrente señala que el Real Decreto-ley vulnera lo dispuesto en los artículos siguientes: el 86.1 de la CE, ya que no concurre el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad, en tanto que no basta para su acreditación alegar la coyuntura económica, además de indicar que tal norma incurre en excesos competenciales e invade los relativos a la Comunidad Autónoma; el 9.3 de la CE, al vulnerar el principio de seguridad jurídica, pues se limitó a invocar diversas competencias del artículo 149.1 sin señalar de manera concreta a qué preceptos de dicho Decreto-ley correspondían, y adicionalmente, el 27.10 de la CE, al lesionar el contenido esencial de la autonomía universitaria.

El Tribunal declaró la vulneración del artículo 86.1 de la CE por parte de los artículos 6.1 y 2o. del Decreto-ley, por cuanto a la efectividad de la medida precisa de la aprobación de una norma reglamentaria, lo que denota la carencia de inmediatez en la aplicación que sería exigible en el uso del Decreto-ley. En concreto, el Tribunal señala que

...esta remisión a una norma posterior, que a la vez exige la consulta previa a dos órganos consultivos, impide considerar que se ha cumplido el requisito de la conexión de sentido entre la medida y la situación de urgencia que se pretende atender, en la medida en que la inmediatez de lo que prescribe

⁴² *Ibidem*, FJ 1, 3 y 5.

⁴³ Véanse, entre otras, SSTC: 54/2016 FJ 2; 67/2016 FJ 2, 3, 4 y 5, y 84/2016 FJ 2, 3, 4, 5 y 6.

el Decreto-ley no se puede dar por descontada, pues depende de una actuación ulterior del gobierno.

Por tanto, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los anteriores artículos.⁴⁴

3. *STC 16/2018. Sobre vivienda*

En la sentencia 16/2018, del 22 de febrero, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6036-2013 interpuesto por el presidente del gobierno en relación con diversos preceptos, en este caso, de la Ley Foral 24/2013, del 2 de julio, sobre medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. Destaca el análisis que se realiza del contenido esencial del derecho de propiedad.

En este asunto, la recurrente alegó la violación de los artículos 149.1.1 y 8o. de la CE en relación con el artículo 33, en virtud de que la norma afectaba la función social del derecho de propiedad al atribuir una serie de sanciones y, en su caso, la expropiación, al no ser destinada al uso habitacional, sin tener competencia para ello; de los artículos 14 y 9.3 de la CE, al vulnerar los principios de igualdad y no discriminación y seguridad jurídica, en cuanto a que establece un régimen que discrimina arbitrariamente a las personas jurídicas, y, además, aduce que se transgrede el principio de proporcionalidad, pues las medidas establecidas no resultan indispensables al existir otras más moderadas para subvenir a la situación de emergencia social que se trata de afrontar, por lo que destaca que “tampoco resultan ponderadas o equilibradas al derivarse de las mismas más perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que beneficios para el interés general”.

A pesar de que el Tribunal Constitucional dictó una sentencia en la que desestimó el recurso en su mayoría, es pertinente destacar que en este asunto el recurrente fue el presidente del gobierno, por lo que es oportuno señalar los argumentos del Tribunal al desestimar, en parte, tal recurso. Señaló que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación no “forma parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social”, y precisó que corresponde a quien tiene atribuida la tutela de dichos intereses “establecer en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social

⁴⁴ STC 26/2016 FJ 5 c).

de cada tipo de propiedad”; en este caso, corresponde a la Comunidad Autónoma.⁴⁵

Luego, declaró la inconstitucionalidad y nulidad en cuanto a que el uso de la competencia autonómica en materia de vivienda interfería en un modo significativo en el ejercicio de las competencias por parte del Estado, pues se encomienda al gobierno la promoción de un fondo social de viviendas con el sector financiero —propiedad de las entidades de crédito—, por consiguiente, no resulta incompatible la protección de personas en situación de vulnerabilidad con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario.⁴⁶

4. *Análisis de la interpretación del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales*

Respecto a las sentencias anteriormente expuestas mi discrepancia es,⁴⁷ principalmente, con lo señalado en la *ratio decidendi* de las mismas, y no propiamente con lo indicado en los votos particulares. En específico, disiento de los argumentos expuestos en virtud de que la discusión se centra, en principio, en favorecer la denominada legislación *anticrisis*.⁴⁸ De esta manera, el debate reconduce a una cuestión de mera legalidad ordinaria, reafirmando aquellos presupuestos doctrinales que permiten una protección limitada y excluyente de los derechos sociales y exceptuando las exigencias propias a las que nos conduce el artículo 10.2 de la CE.⁴⁹

Aunque disiento de la decisión mayoritaria, lo expresado por la minoría no se perfila como aplicable, pues en la decisión del Tribunal Constitucional prevalece lo adoptado por la mayoría, pese a que los votos particulares han puesto de relieve algunos aspectos doctrinales y jurídicos relevantes: al menos en la STC 49/2015 se percibe una mención al principio de progresividad y

⁴⁵ STC 16/2018 FJ 5 y 7.

⁴⁶ *Ibidem*, FJ 12 y 16.

⁴⁷ Fraile Ortiz, María, “Tribunal Constitucional y principios rectores de la política social y económica: *hilar fino* en tiempos de crisis”, en Masala, Pietro (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 231-260. Se advierte que dichas críticas son confirmadas por lo que observa, en general.

⁴⁸ Véase Jimena Quesada, Luis, “El pretexto de la excepcionalidad del orden público económico: una ilustración de jurisprudencia nacional anticrisis”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2016, pp. 34-47.

⁴⁹ Sobre dicha disposición constitucional véase Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*

no regresividad de los derechos, y aunque la STC 16/2018 no tiene en sí un voto particular, ésta hace alusión al denominado contenido esencial de los derechos y al principio de proporcionalidad.

Así, cuando el Tribunal Constitucional se concibe como máximo intérprete de la Constitución —y como aquel que ejerce un control constitucional hacia el legislador a través de la interpretación y análisis de la legislación—, se entiende que la administración de justicia será acorde con los principios y derechos reconocidos en dicha norma.⁵⁰ Sin embargo, es una cuestión que parece insuficiente en la decisión adoptada por la mayoría, provocando con ello que se cuestione por qué el Tribunal se decanta porque prevalezca en las resoluciones un análisis rigorista, aminorando la protección de los derechos de las personas.

Ahora, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha corroborado la legislación anticrisis, propiciando un desequilibrio en el control del poder que el Tribunal ejerce hacia el legislador, y con ello se infringe un déficit a la fórmula de “Estado social y democrático de derecho”, que se constituye como una fórmula estatal irreductible y que, como señala García Pelayo, le ha merecido el calificativo de “norma fundamental del Estado” por albergar la esencia y sustancia de la Constitución.⁵¹ Esto es: se ha limitado la jurisprudencia a confirmar de modo coyuntural la legislación anticrisis, y dicho carácter coyuntural contraviene el principio de seguridad jurídica que la uniformidad y estabilidad de la jurisprudencia debiera proporcionar. Así, el Tribunal Constitucional, al avalar a través de la jurisprudencia el margen de maniobra del legislador, se transforma ya no en guardián de la Constitución, sino que puede percibirse como un guardián de la ley o mero órgano de convalidación del legislador.⁵²

⁵⁰ Sobre la reforma laboral de 2012 véase Masala, Pietro, “El nuevo derecho del trabajo europeo y su problemática compatibilidad con los principios del constitucionalismo social y democrático, con especial atención al caso español”, en Herrera, María Rosa y Jaraíz Arroyo, Germán (dirs.), *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2017, pp. 279-301; Masala, Pietro, “La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo sul «nuovo diritto del lavoro»: due modelli di giudizio alternativi di fronte alle misure «flessibilizzatrici» in Europa”, *DPCE Online*, núm. 3, 2017, pp. 517-541, disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/424>.

⁵¹ García Pelayo, *op. cit.*, p. 1656.

⁵² STC 8/2015, véase el voto particular que formuló Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez. Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610/2012, interpuesto por integrantes de diversos grupos parlamentarios en contra de diversos preceptos de la Ley 3/2012, sobre medidas urgentes a la reforma del mercado laboral.

De esta manera, la fórmula “Estado social y democrático de derecho” debe verse dotada de pleno sentido y vigencia, en este caso, a través de la jurisprudencia.⁵³ La fórmula constituye, además, una exigencia axiológica de orden internacional, lo cual, adicionalmente, se pone en conexión con el mandato constitucional de efectividad del artículo 9.2 de la CE, que impone a los operadores jurídicos hacer eco del efecto útil de esas fuentes constitucionales de producción internacional que, por lo demás, integran ese deber constitucional de sujeción “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” que establece el artículo 9.1.⁵⁴ De acuerdo con lo anterior, esa referencia significa el deber de tomar en consideración los tratados y la interpretación de ellos realizada, pues no cabe disociar ambas.

Por otra parte, en la STC 16/2018 parece que el Tribunal Constitucional fue receptivo de las disposiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en lo que se refiere al margen de apreciación del legislador sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones,⁵⁵ aunque no de manera clara, ya que se observa que máxime dicha recepción no formó parte de la *ratio decidendi* del asunto y se mencionan los casos de manera sucinta. Lo anterior expone la necesidad de que en España se profundice en el llamado diálogo judicial.⁵⁶ Desde esta perspectiva, es de lamentarse la falta de aplicación del derecho internacional por parte de los jueces, ya sea porque se desconoce de manera involuntaria o, principalmente, cuando se conocen tales cánones y se decide ignorarlos de manera deliberada. Aunque lo anterior no sólo comporta desconocimiento del canon internacional y europeo, sino, al mismo tiempo, del constitucional, al ignorar el mandato de interpretación conforme que deriva del artículo 10.2 de la CE.⁵⁷

⁵³ García de Enterría, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 193-197.

⁵⁴ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, cit., pp. 59 y 60. El autor señala que en la *praxis* española existe una reflexión en lo que respecta a la OIT, pero una reticencia o menor conocimiento a otras disposiciones internacionales, como las de la ONU en materia de DESCA o el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

⁵⁵ STC 16/2018 FJ 17.

⁵⁶ Burgogue-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...*, México, Tirant lo Blanch-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte IDH, 2013, pp. 131-167.

⁵⁷ Cfr. Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Aranzadi, 2013 vs. Canosa Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Aranzadi, 2015.

Por otra parte, hay que considerar críticamente que el Tribunal Constitucional implementa en su jurisprudencia un novedoso canon de constitucionalidad, esto es, que utiliza la crisis económica como parámetro de valoración constitucional; es decir, la racionalización del gasto público como medida limitativa de los derechos sociales contenidos en los preceptos constitucionales correspondientes al Capítulo II del Título I de la CE, por no mencionar a los incluidos en los denominados principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I. Canon que, por un lado, genera inseguridad jurídica en detrimento de la vigencia de los valores del Estado de derecho⁵⁸ y, por el otro, afecta la consolidación de la fórmula “Estado social y democrático de derecho”, en específico lo referente al Estado social.⁵⁹

Por lo tanto, considero que debe apelarse a un cambio de criterio por parte del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la denominada jurisprudencia anticrisis, para que con el uso del diálogo judicial atiendan a criterios de otros órganos jurisdiccionales y que puedan ser aplicables al caso concreto de acuerdo con el sistema jurídico establecido. Se propone una lectura más dinámica de los preceptos constitucionales, acorde con lo estipulado por el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa y el derecho internacional en materia de derechos sociales, a través de un enfoque evolutivo y de acuerdo con la realidad del sistema jurídico español.

En relación con lo anterior, más allá del debate de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho español,⁶⁰ es un hecho que es un elemento integrante del sistema de fuentes. En consecuencia, es pertinente tener un cambio de enfoque en el que los órganos jurisdiccionales aprendan y apliquen la jurisprudencia de carácter social surgida en el ámbito internacional; ya sea por el ejercicio del diálogo judicial o el control de convencionalidad.

Por otro lado, la proliferación de normas nacionales —de contenido prevalentemente económico y financiero— ha provocado una difícil articulación de ellas en el sistema de fuentes, con la consiguiente dificultad a la hora de

⁵⁸ Santoro, Emilio, *Estado de derecho, interpretación y jurisprudencia*, México, SCJN, 2010, pp. 15 y 16.

⁵⁹ STC 119/2014, véase el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adherieron Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez. Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5603/2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, sobre medidas urgentes a la reforma del mercado laboral. El voto señala de manera expresa que el asunto debió de ser interpretado a la luz de los compromisos internacionales asumidos por España “en el caso a examen, a la luz del canon hermenéutico del art. 4 del Convenio de la OIT...”.

⁶⁰ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., pp. 193-197.

determinar el órgano jurisdiccional competente —y con el potencial riesgo de divergencia o conflicto interpretativo— para controlar su adecuación a normas superiores (constitucionales o europeas).⁶¹

En definitiva, las exigencias internacionales (económicas) han sido interiorizadas como parámetros constitucionales, de tal suerte que la propia jurisdicción constitucional está sometida a ellas, dejando de lado lo dispuesto en los artículos 10.2 y 93 a 96 de la CE. Posturas, las anteriores, que tienen reflejo en la *praxis*.⁶²

En las decisiones comentadas el Tribunal Constitucional no ha señalado de manera clara cuáles son los alcances concretos y el contenido semántico de cada derecho social que en la Constitución se establecen, pues entre otras cosas, la determinación del campo semántico serviría para establecer un mínimo de obligaciones de los poderes públicos en relación con cada derecho social.⁶³

Al respecto, Luis Jimena Quesada señala que en el análisis crítico de la devaluación del Estado social y democrático de derecho que se ha producido en el contexto de la crisis y, correlativamente, en las propuestas constructivas de blindaje de ese sustrato estatal irreducible, se tendrá inexorablemente en cuenta la internacionalización y la europeización de esos valores superiores que acompañan a la fórmula estatal del artículo 1.1 de la CE. Lo cual, a su vez, es lógica consecuencia del creciente movimiento de internacionalización del derecho constitucional y, correlativamente, de la constitucionalización del derecho internacional.⁶⁴

Sobre el tema también hay que señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en principio, consideró a los derechos sociales como normas objetivas; es decir, que prescriben una obligación, y no como una cuestión de

⁶¹ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, cit., p. 23.

⁶² Por ejemplo, la STC 49/2015 señala que “la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable”, y apunta, además, que “el elevado déficit del sistema de Seguridad Social... y la necesidad de cumplir con el objetivo de déficit público... son razones de extraordinaria y urgente necesidad” que conllevaron a “dejar sin efecto la actualización de pensiones... y a suspender la revalorización de las pensiones...”, pues parece evidente que eso, por un lado, contraviene el principio de irretroactividad contenido en el artículo 9.3 de la CE y, por el otro, es una cuestión que explicita una inconsecuencia con lo estipulado en el artículo 1.1 constitucional que, primero, implica una unidad que, asimismo, contraviene la exigencia de apertura a las normas internacionales (artículos 10.2 y 93 a 96 de la CE).

⁶³ Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...* cit., pp. 185-187; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 37-40.

⁶⁴ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, cit., pp. 17 y 18.

mera retórica. En particular, así lo confirmó al señalar que “la seguridad social se convierte en una función del Estado”⁶⁵ cuyo objeto es la “protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad”;⁶⁶ pero actualmente, aunque se reafirma su finalidad, tras la crisis económica se entendió que el margen de apreciación del legislador en materia de seguridad social debía atender a “circunstancias económicas y sociales”⁶⁷ y a criterios como el de racionalización del gasto público.⁶⁸

Luis Jimena Quesada señala que eso

...pasa inexorablemente por entender los estrechos límites de una concepción de la ciencia del derecho como una práctica autónoma anclada en el más puro positivismo jurídico o en una discrecionalidad (superadora de la insuficiencia de las tesis positivistas) apta por resolver casos difíciles tomando en serio únicamente ciertos derechos individuales con relegación de los derechos sociales.⁶⁹

O más ampliamente de los objetivos sociales colectivos, sin que por ello se renuncie al rigor jurídico o a la búsqueda de la racionalidad.⁷⁰

Además, la devaluación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es consecuencia de la depreciación de la calidad normativa, ya que difícilmente podrá el intérprete constitucional suplir la fase exegética de la norma que ha sido producto de una elaboración técnicamente defectuosa o deficitaria, máxime cuando el legislador suele contar con más recursos —y, por ende, más capacidad de análisis interdisciplinar, incluido el económico—. ⁷¹

Así, la jurisprudencia del Tribunal español, a pesar de otorgar un valor normativo a los denominados principios rectores de la política social y económica,⁷² su eficacia, en la mayoría de los casos, depende de su relación con un derecho fundamental o ante la existencia de una situación de discriminación formal, mas no material. Asimismo, la interpretación de estos principios no resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad de una

⁶⁵ SSTC 103/1983, 65/1987 y 37/1994.

⁶⁶ STC 37/1994.

⁶⁷ STC 156/2014.

⁶⁸ SSTC 211/2014, 6/2015, 7/2017 y 16/2017.

⁶⁹ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, cit., p. 84.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

⁷¹ *Ibidem*, p. 24.

⁷² SSTC 103/1983, 65/1987 y 37/1994, en materia de seguridad social, artículo 41 de la CE.

norma del ordenamiento español, ya que se incorporan a las interpretaciones en mayor medida para reafirmar la postura del legislador como una forma de control jurisdiccional.⁷³

No obstante, en aquellos ordenamientos en los que no se concibe la protección de los derechos sociales a través de su exigibilidad directa, se tiene que existen varias vías de protección que permiten a los tribunales constitucionales protegerlos de manera indirecta.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES

Ante la serie de obstáculos que tienden a limitar la protección de los derechos sociales existen estrategias de exigibilidad directa e indirecta, y por ende de eficacia de estos derechos. El estudio de dichas estrategias de exigibilidad de los derechos sociales permitirá precisar si se aplican en las resoluciones del Tribunal Constitucional español.

1. *Obligaciones generales del Estado en materia de derechos sociales*

Los derechos sociales, al ser entendidos como derechos plenamente exigibles, requieren la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o la mejora de los existentes.

El Estado, en materia de derechos sociales, tiene como obligaciones la de *respetar, proteger y garantizar*⁷⁴ los derechos sociales. La obligación de *respetar*⁷⁵ significa *abstener* de interferir en el disfrute del derecho, lo que incluye a todos los poderes públicos del Estado, independientemente de la forma de organización que en cada uno de ellos se adopte. Además, incorpora el respeto a los recursos disponibles existentes; esto es, la obligación a una buena administración de los recursos de que dispone el Estado. Lo anterior es teniendo en

⁷³ SSTC 211/2014, 6/2015, 7/2017 y 16/2017, sobre racionalización del gasto público en materia de seguridad social.

⁷⁴ Cfr. Eide, Absjorn, "Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategias de nivel mínimo", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, 1989, p. 48. El autor distingue como obligaciones del Estado en materia de derechos sociales: respetar, proteger y cumplir o realizar.

⁷⁵ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, "La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1o. del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal mexicano", *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 151-153.

cuenta que dichos derechos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.⁷⁶ La obligación de *proteger* significa *impedir* que tanto los agentes del Estado como los particulares interfieran en el ejercicio y disfrute del derecho. Ahora, la obligación de *garantizar* significa *adoptar* medidas tendientes a lograr la efectividad de dichos derechos. Tal obligación requiere el despliegue de cierta organización estatal,⁷⁷ a través de la cual se asegure la eficacia y el pleno ejercicio de los derechos sociales. Al respecto, Héctor Gros Espiell señala que la obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.⁷⁸ Así, por medio de la obligación de *garantizar* el Estado se compele no sólo a abstenerse, pues está obligado a adoptar medidas que permitan a las personas bajo su jurisdicción asegurar el pleno goce y ejercicio de sus derechos.⁷⁹

Y es en el artículo 2.1 del PIDESC en donde se estipulan distintas obligaciones hacia los Estados parte: *a)* “lograr progresivamente”;⁸⁰ *b)* “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, y *c)* “la adopción de medidas legislativas”. Todas ellas tendientes a lograr la plena efectividad de los derechos.

A. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de progresividad implica la obligación del Estado de adoptar medidas destinando el máximo de recursos efectivos para lograr la plena efectividad de los derechos; algo que conlleva a determinar que los derechos sociales no pueden realizarse en un periodo breve de tiempo.

En el caso de la CE, la *progresividad* se encuentra relacionada con una obligación, cuestión que comprende el artículo 31.1, al disponer que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de

⁷⁶ Gross Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65. El autor define *respeto* como “la obligación del Estado y todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones y omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.

⁷⁷ Carbonell, Miguel, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 192.

⁷⁸ Gross Espiell, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

⁷⁹ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

⁸⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 93.

igualdad y *progresividad* que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Por el contrario, la idea de progresividad y prohibición de regresividad la encontramos en las sentencias del Tribunal Constitucional español, específicamente en sus votos particulares. Al respecto, el voto particular de la STC 49/2015 señaló que el asunto planteó una cuestión de irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales a raíz de las medidas adoptadas por el legislador,⁸¹ en virtud de que al adoptar medidas regresivas debe justificar con mayor complejidad el porqué de su pretensión o restricción.⁸²

Dicha obligación significa que los esfuerzos que permitan la eficacia de los derechos sociales deben darse de manera continuada, de manera que las personas logren una mejora continua en sus condiciones de vida.

Ahora, la obligación de progresividad conlleva una prohibición de no regresividad; es decir, no dar marcha atrás a los niveles de satisfacción alcanzados.⁸³ Aunque esto no constituye un límite infranqueable de acuerdo con el artículo 53.3 de la CE, puesto que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Así, la restricción del derecho deberá estar plenamente justificada, siendo más exigente en casos de disminución o restricción de los derechos sociales con un desarrollo previo concreto.⁸⁴ También, sobre la prohibición de no regresividad, hay que observar que la medida tomada sea proporcional y justifique la restricción de un derecho determinado.⁸⁵ Entonces, el Estado debe demostrar: *a)* la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; *b)* el carácter imperioso de la medida, y *c)* la inexistencia de recursos alternativos menos restrictivos para el derecho afectado.⁸⁶

⁸¹ STC 49/2015 FJ 2.

⁸² *Cfr.* Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 94.

⁸³ STC 49/2015 FJ 1. Al respecto dice “Ahora bien, a este Tribunal no le puede resultar indiferente que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en el texto constitucional detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento determinado quiera ser suprimido”.

⁸⁴ Al respecto, el artículo 4o. del PIDESC señala que los derechos se podrán someter a limitaciones sólo determinadas por ley; “sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

⁸⁵ STC 26/2016, en dicho asunto la medida adoptada por el legislador no quedó justificada; la conexión de sentido con la extraordinaria y urgente necesidad estipulada en el artículo 86.1 de la CE, en virtud de que no se introdujo elemento alguno que permitiera inferir que se produciría un efecto de racionalización del gasto en la educación.

⁸⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...*, *cit.*, p. 205; Carbonell, Miguel y Ferrer MacGregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 47 y 48.

B. *Obligación de destinar el máximo de recursos disponibles*

La obligación de los Estados de destinar el máximo de recursos disponibles⁸⁷ para lograr la efectividad de los derechos sociales significa que, aun siendo insuficientes los recursos destinados para la satisfacción de los derechos sociales, deben ser empleados para dar cumplimiento a la obligación. En concreto, los Estados tienen la obligación de brindar tanto recursos judiciales como otros recursos efectivos.⁸⁸ O sea, la obligación deberá atender a las necesidades concretas de la población y el lugar, y comprende recursos económicos, judiciales, institucionales, tecnológicos y humanos.⁸⁹

En tanto, hay que enfatizar que la obligación conlleva a que en tiempo de crisis económica se acentúan las obligaciones del Estado para satisfacer los derechos, máxime que los derechos siempre están vigentes.⁹⁰ Además de que es en tiempo de crisis, de recesión económica o por otros factores, que con mayor fuerza deben protegerse los derechos de los más vulnerables.⁹¹ Así, el Estado está obligado a satisfacer un nivel mínimo de protección de los derechos. No obstante, tratándose de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, dichos niveles no han sido propiamente establecidos en materia de derechos sociales;⁹² aunque se ha pronunciado en algunos casos.⁹³

⁸⁷ Cfr. voto particular de la STC 31/2018, en el que señala como limitante de la configuración del derecho a la educación la de los recursos disponibles, máxime no como una obligación del Estado.

⁸⁸ Véase Observación General No. 3, punto 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸⁹ Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 175.

⁹⁰ Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...*, cit., p. 206.

⁹¹ Véase Observación General No. 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹² Cfr. STC 93/2015. En dicha sentencia se discute sobre el *contenido esencial* del derecho de propiedad.

⁹³ Véase STC 31/2018 FJ I, 1. En el voto particular que formuló el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré se establece: “Los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, al confrontar con ese ideario educativo [la educación segregada por sexo], se sitúan fuera del contenido esencial del derecho a la educación; o, si se prefiere, de la libertad de enseñanza y de creación de centros escolares”. Cfr. SSTC 61/2018 FJ 10 y 139/2016, en las que reitera el posicionamiento

Al respecto, Abramovich y Courtis consideran que la tarea de interpretación de los tribunales puede fijar el contenido esencial de ciertos derechos y, en concreto, consideran que “la adopción de algún sistema de indicadores pudiera servir como parámetro”, lo cual resultaría especialmente relevante cuando al Estado se le exige el cumplimiento de ciertas obligaciones.⁹⁴ En consecuencia, la adopción de un sistema de indicadores que sirvan de parámetro conlleva a que el Estado establezca un nivel mínimo de satisfacción de los derechos, cuestión que resulta de la obligación de *progresividad* de los mismos.⁹⁵

C. Obligación de crear recursos efectivos

Sobre la obligación de los Estados para crear recursos efectivos, me referiré principalmente a los recursos judiciales, en virtud de que a través de éstos se posibilita la exigibilidad de los derechos sociales ante el Tribunal Constitucional, y con ello, la eficacia de los mismos. Abramovich y Courtis señalan que “los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos”;⁹⁶ es decir, que no basta que el Estado utilice los recursos previos para reparar las violaciones a los derechos sociales, máxime cuando las características de los mismos impidan plantear de manera adecuada el caso.

Asimismo, los recursos judiciales deben de ser idóneos; o sea, que el objeto de su origen sea la protección de los derechos sociales, en virtud de que el Estado no puede considerar que cumple con dicha obligación aduciendo la existencia de las vías tradicionales en el caso de violación de derechos, en especial si tales recursos fueron diseñados para proteger los derechos civiles y políticos.⁹⁷

Por otro lado, para cumplir con la obligación, los Estados también deben ampliar las causas por las que puede promoverse una acción ante los tribunales. En su caso, dotando de sustantividad procesal a los denominados *intereses*

que el Tribunal Constitucional tiene respecto de diversos derechos sociales, señalando que como principios rectores carecen de contenido constitucionalmente esencial.

⁹⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁵ Cfr. Eide, Absjorn, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁷ Véase Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...*, *cit.*, p. 203.

colectivos o *derechos difusos*,⁹⁸ de forma que al ampliar el acceso a la justicia de éstos se posibilita su defensa.⁹⁹

2. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales

El Tribunal Constitucional español se ubica claramente entre aquellos tribunales que cuentan con escasos mecanismos de garantía para proteger los derechos sociales reconocidos en la Constitución¹⁰⁰ —a pesar de que la CE reconoce una serie considerable de derechos sociales—.

Ahora, en el ordenamiento español es el recurso de amparo el que, ante la vulneración de los derechos fundamentales, permite su reparación. Sin embargo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 53.2 de la CE, sólo los preceptos contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 son susceptibles de protección a través del recurso de amparo, entre ellos los derechos sociales siguientes: el derecho a la educación (artículo 27), la libertad sindical (artículo 28.1) y el derecho a huelga (artículo 28.2), de manera que los derechos sociales enunciados en los denominados principios rectores de la política económica y social no son susceptibles de protección por el recurso de amparo.¹⁰¹

A. Exigibilidad indirecta de los derechos sociales

Ante la falta de recursos judiciales que permitan la exigibilidad directa de los derechos sociales, existen estrategias que propician su protección de manera indirecta.

⁹⁸ González Oropeza, Manuel y Rosario Rodríguez, Marcos del, “El papel del juez en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos sociales y difusos”, *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPF en la Comisión de Venecia*, México, TEPJF, 2015, t. I, pp. 383 y 384.

⁹⁹ Véase Martínez Ramírez, Fabiola, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México”, en Morales Antoniazzi, Mariela *et al.* (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 395.

¹⁰⁰ Díaz Crego, María, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012, p. 6.

¹⁰¹ Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 168-249.

*a. Protección de los derechos sociales
a través de los derechos civiles y políticos*

La protección indirecta de los derechos sociales ante tribunales constitucionales, y en particular ante el Tribunal Constitucional español, se puede lograr a través de su vinculación con algún derecho civil o político. De manera que el Tribunal Constitucional, al realizar el ejercicio de interpretación, se tendría que la vulneración al derecho social se convertiría en la violación de un derecho civil o político.¹⁰²

*b. Protección de derechos sociales
a través de otros derechos sociales*

Otra vía de protección indirecta de los derechos sociales ante tribunales es la que se realiza a través de otros derechos sociales susceptibles de ser amparados. En el caso del Tribunal Constitucional español, a través del derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho a huelga, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 53.2 de la CE.

*c. Protección de los derechos sociales a través
del principio de igualdad y no discriminación*

El derecho a no ser discriminado guarda una intrínseca relación con el principio de igualdad, tanto en su ámbito formal como material. En particular, el primero establece el derecho a no ser tratado de forma diferente por razones de origen étnico o nacional, género, edad, condición social, creencias religiosas, preferencias sexuales, opiniones o estado civil, entre otras. Por otra parte, la discriminación dificulta el ejercicio de los derechos sociales, por ende, la no discriminación y el principio de igualdad resultan ser fundamentales en el goce y ejercicio de derechos.¹⁰³

Ahora, es el artículo 14 de la CE en el que se consagra el principio de igualdad y no discriminación. Es así que a través del ejercicio del derecho a

¹⁰² Véase STC 193/2011. Además, puede mencionarse la STC 119/2001, que planteó la vulneración del derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar, consecuencia de encontrarse la recurrente en una situación de contaminación acústica.

¹⁰³ *Cfr.* Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar Ugarte, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011, p. 53.

no padecer discriminación se puede plantear la vulneración de algún derecho social, esto por considerar la existencia de una práctica discriminatoria y, por consiguiente, contraria al texto constitucional o, en su caso, internacional.

En la jurisprudencia constitucional puede mencionarse, como ejemplo, la STC 103/1983, en la que se extendió la protección a los hombres tratándose de la pensión por viudedad por considerar la existencia de una práctica discriminatoria no sustentada en la ley (Ley General de la Seguridad Social).¹⁰⁴ Esto es: se consideró que la igualdad material viene acompañada de una exigencia de igualdad formal, pues el legislador no estableció una razón que permitiera diferenciar el porqué se otorgaba una pensión de viudedad sólo a las mujeres y no a los hombres.¹⁰⁵

Otra forma de protección indirecta de los derechos sociales es a través del derecho a la información, ya que la *dimensión social* de este derecho posibilita a las personas el ejercicio de los derechos sociales de que son titulares.¹⁰⁶

B. *Exigibilidad directa de los derechos sociales*

Como señala Luis María Díez-Picazo, en relación con la reticencia de algunos textos constitucionales contemporáneos de no consagrar como verdaderos derechos fundamentales a los derechos sociales, en virtud de que el Tribunal Constitucional es el que justificará de manera razonada la protección que habría que otorgarles a los derechos sociales;¹⁰⁷ hay que observar, no obstante, que ésta es una argumentación de prudencia, no de principio.

Por ello, llegado el caso, podría ser factible que ciertas prestaciones sociales estuvieran garantizadas directamente por la Constitución, como ocurre ya con determinados servicios públicos de corte más tradicional. En este sentido se pronuncia Javier Ruipérez Alamillo, al señalar la necesidad de constitucio-

¹⁰⁴ STC 103/1983 FJ 2, 5 y 6. Asimismo, véase la STC 74/2018 y sus votos particulares respectivos. En ella se plantea la no discriminación por razón de sexo como parámetro de control de constitucionalidad.

¹⁰⁵ Cfr. Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 493-495.

¹⁰⁶ Véase STC 37/2011 FJ 7.

¹⁰⁷ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 44.

nalizar como fundamentales algunos derechos sociales en la CE, como el derecho a una vivienda digna.¹⁰⁸

V. CONCLUSIONES

El análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español confirmó la idea de que la protección de los derechos sociales contenidos en los denominados principios rectores de la política social es, prácticamente, nula. Consecuencia del análisis restrictivo en materia de derechos sociales, derivado del uso de los presupuestos doctrinales que tienden a excluir o restringir su protección.

Asimismo, del estudio jurisprudencial se concluyó que es limitado el uso de estrategias de exigibilidad en materia de derechos sociales por parte de los recurrentes, derivado de la interpretación restrictiva que el propio Tribunal Constitucional realiza. Por eso es necesario el litigio estratégico en materia de derechos sociales, ya que permite sentar las bases para consolidar la eficacia de dichos derechos.

Además, puede advertirse que, a través de los argumentos expuestos en los votos particulares, el intérprete constitucional fija una postura garantista de los derechos sociales.

Es necesaria la consolidación de un nuevo paradigma de protección en materia de derechos sociales por parte del Tribunal Constitucional español y demás autoridades. Aunque en ello contribuyen distintos votos particulares, no resultan suficientes para consolidar una cultura constitucional tendiente a proteger los derechos sociales por parte del intérprete de la Constitución. El cambio de paradigma podría: *a)* estar orientado a la consolidación de una igualdad real; *b)* entender a los derechos sociales, civiles y políticos como una unidad; *c)* interpretar los derechos en condiciones que no sean discriminatorias; *d)* fijar el contenido esencial de los derechos sociales reconocidos en la Constitución; *e)* admitir la protección de intereses colectivos o derechos difusos; *f)* consolidar un nuevo derecho procesal de carácter so-

¹⁰⁸ Ruipérez Alamillo, Javier, “La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona: el derecho a una vivienda digna”, en Cano Bueso, Juan y Escuredo Rodríguez, Rafael, *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 129-168. Sobre el tema véase García Roca, Javier, *Pautas para una reforma de la Constitución. Un informe para el debate*, Navarra, Aranzadi, 2014.

cial; *g*) entender que es necesaria la armonización de las normas conforme a los estándares internacionales; *h*) entender que en situación de crisis deberá priorizarse la protección de las personas más vulnerables, atendiendo a una interpretación progresiva de los derechos sociales, e *i*) evitar dar marcha atrás respecto de los niveles de protección alcanzados, incluso en situación de crisis económica, de recesión o cualquier otro factor.

La obligación del Estado de crear recursos efectivos no sólo comprende los judiciales, también aquellos recursos administrativos que conlleven a la eficacia de los derechos sociales. En tal sentido, el Estado deberá demostrar que dichos recursos resultan ser los más apropiados para conseguir los objetivos planteados tratándose de la eficacia de derechos.

Se carece de libertad real cuando se vive en la pobreza, sin acceso a la seguridad social, servicios de salud o educación, entre otros. Por ende, la protección de los derechos abarca no sólo los civiles y políticos, igualmente los sociales.

Los derechos sociales no son solamente aspiraciones; como “derechos” son exigibles, cuestión que posibilita su eficacia.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- BENDA, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en MAIHOFFER, Werner *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Derechos fundamentales”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis *et al.* (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...*, México, Tirant lo Blanch-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte IDH, 2013.
- CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Aranzadi, 2015.

- CANOSA USERA, Raúl *et al.*, “La eficacia de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, en HUERTA TOCILDO, Susana y PÉREZ MANZANO, Mercedes (coords.), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- CARBONELL, Miguel, “Los derechos sociales: elementos para una lectura clave normativa”, en SERNA DE LA GARZA, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2011.
- CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- CARPIZO, Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. I.
- CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- COLE, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista. Los precursores (1789-1850)*, 3a. ed., trad. de Rubén Landa, México-Buenos Aires, FCE, 1964, t. I.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, 1989.
- DÍAZ CREGO, María, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Cívitas, 2008.

- EIDE, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategias de nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, 1989.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino et al., Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos, “La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1o. del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, ONU-SCJN, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984.
- FRAILE ORTIZ, María, “Tribunal Constitucional y principios rectores de la política social y económica: *hilar fino* en tiempos de crisis”, en MASALA, Pietro (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II.
- GARCÍA ROCA, Javier, *Pautas para una reforma de la Constitución. Un informe para el debate*, Navarra, Aranzadi, 2014.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, “El papel del juez en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos so-

- ciales y difusos”, *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPF en la Comisión de Venecia*, México, TEPJF, 2015, t. I.
- GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003.
- GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y SALAZAR UGARTE, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011.
- HELLER, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. de Stella Mastrangelo, México, Siglo XXI Editores, 2012.
- JIMENA QUESADA, Luis, “El pretexto de la excepcionalidad del orden público económico: una ilustración de jurisprudencia nacional anticrisis”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2016.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Aranzadi, 2013.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Gasío, Madrid, Tecnos, 1995.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México”, en MORALES ANTONIAZZI, Mariela *et al.* (coords.), *Inclusión, ius commune y justicia de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- MASALA, Pietro, “El nuevo derecho del trabajo europeo y su problemática compatibilidad con los principios del constitucionalismo social y democrático, con especial atención al caso español”, en HERRERA, María Rosa y

- JARAÍZ ARROYO, Germán (dirs.), *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2017.
- MASALA, Pietro, “La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo sul «nuovo diritto del lavoro»: due modelli di giudizio alternativi di fronte alle misure «flessibilizzatrici» in Europa”, *DPCE Online*, núm. 3, 2017, pp. 517-541, disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/424>.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Latino Universitaria, 1980.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑÓN ROIG, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Los derechos fundamentales”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 75, 1997.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona: el derecho a una vivienda digna”, en CANO BUESO, Juan y ESCUREDO RODRÍGUEZ, Rafael, *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SÁIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional del derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SANTORO, Emilio, *Estado de derecho, interpretación y jurisprudencia*, México, SCJN, 2010.
- STEIN, Lorenz von, *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- TEROL BECERRA, Manuel (dir.), *Del bienestar en la Constitución española y de su implementación (1978-2011)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- VASAK, Karel (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Unesco, 1979.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- VEGA, Pedro de, “El problema de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997.