



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Los derechos sociales: Desafíos en su protección, ejercicio y garantías

Ignacio Corcoy Canet

5º E-3 A

Filosofía del Derecho

Tutor: José Luis Rey Pérez

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

En este trabajo se analizan las características y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales: desde su nacimiento histórico, pasando por todos los procesos que llevaron a su positivización hasta su configuración en la actualidad. Para ello se comparan con los derechos civiles y políticos, haciendo especial hincapié en todos los argumentos que se han utilizado tradicionalmente para relegar a los derechos sociales como derechos de segunda categoría respecto a los civiles y políticos.

Se aborda con profundidad la problemática de su justiciabilidad y las diferentes vías de exigibilidad que presentan, tanto a nivel internacional como constitucional en particular, poniendo de relieve la tutela jurisdiccional de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico. Por último se plantean los futuros retos que se van a presentar en materia social.

Palabras claves: Derechos sociales, justiciabilidad, exigibilidad, tutela judicial, Constitución Española.

ABSTRACT

This paper analyses the characteristics and structure of economic, social and cultural rights: from their historical birth, through all the processes that led to their positivization, to their current configuration. To this end, it compares them with civil and political rights, placing special emphasis on all the arguments that have traditionally been used to relegate social rights to second place to civil and political rights.

The problem of their justiciability and the various ways in which they can be enforced, internationally and, in particular, constitutionally, is addressed in depth, highlighting the jurisdictional protection of social rights in the legal system. Finally, the future challenges in social matters are discussed.

Keywords: Social rights, justiciability, enforceability, judicial protection, Spanish Constitution.

ÍNDICE

1. Introducción a los derechos sociales	4
1.1. Prefacio histórico	4
1.1.1. El origen de los derechos sociales: su positivización	4
1.1.2 La Segunda Guerra Mundial y el nacimiento del Estado de Bienestar	7
1.2 La ciudadanía social	9
2. Comparación y diferenciación con los Derechos Civiles y Políticos	12
2.1 Los derechos civiles como derechos universales y los derechos sociales como derechos particulares	14
2.2 El carácter prestacional de los derechos sociales	15
2.3 Los derechos de libertad como absolutos, los derechos sociales como relativos	16
3. La exigibilidad de los derechos sociales	18
3.1 Técnicas jurídicas para garantizar la efectividad	18
3.2 La justiciabilidad y sus fuentes	19
3.3 Los impedimentos para su exigibilidad	26
3.4 Las vías para su exigibilidad	28
3.4.1 La exigibilidad directa	28
3.4.2 La exigibilidad indirecta	29
4. Configuración de los Derechos Sociales en España.....	32
4.1 Protección y garantías en la constitución.....	33
4.2 El problema entorno al art.53 CE.....	35
4.3 Análisis comparado: casos concretos sobre el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda.	40
5. Retos y conclusiones	45
6. Bibliografía.....	48
➤ Textos Normativos	48
➤ Jurisprudencia	49
➤ Obras Doctrinales	50
➤ Recursos de internet	52
7. Anexo	53

1. INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales, económicos y culturales o derechos sociales *latu sensu*¹, se han visto atacados y restringidos fuertemente en las últimas décadas debido a la crisis económica vivida a partir de los años 2008 y 2009, factor añadido a la alta correlación que presentan con el Estado de Bienestar. Tal y como analizaremos, dada la idea generalizada de que son unos “derechos de carácter prestacional”, hay una feroz crítica por parte de quién entiende que -en momentos de estancamiento o recesión económica- es necesario realizar recortes en la política social, ya que entiende que estos derechos están vinculados a la presencia de presupuesto monetario, por lo tanto, exigibles solo cuando haya fondos suficientes; poniendo así en duda las políticas de bienestar y los derechos sociales. Por ello en este trabajo nos proponemos analizar cuál es la situación de estos derechos, tanto en su configuración en los diferentes ordenamientos jurídicos (haciendo especial hincapié en el español) como las garantías y protecciones que gozan en su ejercicio, es decir, la efectiva exigibilidad de dichos derechos.

Para ello, comenzaremos por una breve delimitación del concepto junto con su aparición histórica, para así comprender bien el nacimiento de dichos derechos y el contexto en el que lo hacen; así como la progresiva adopción por parte de los Estados, con su correspondiente normativización y desarrollo.

1.1. Prefacio histórico

Para entender la historia de los derechos sociales vamos a analizar las diferentes etapas, desde su nacimiento durante el denominado tránsito a la modernidad, hasta su efectiva protección y reconocimiento con el desarrollo de los Estados de Bienestar, siguiendo los principales hitos históricos que los marcaron².

1.1.1. El origen de los derechos sociales: su positivización

a) La Declaración de 1789 y las Constituciones de 1791 y 1793.

Se considera que el nacimiento de los derechos sociales está íntimamente ligado al de los demás derechos fundamentales, y por lo tanto tiene su origen histórico en Francia-en

¹ A lo largo del trabajo nos referiremos de manera indistinta a ambos términos.

² Para ello vamos a seguir los procesos históricos propuestos en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

el contexto de la Revolución Francesa- cuando los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, redactan un cuerpo legal formado por 17 artículos: la Declaración de los Derechos del Hombre y su Ciudadano de 1789. Esta visión puede generar cierta controversia, ya que en dicho texto no se incluye *per se* ningún derecho social, dando lugar a la tesis que distingue entre derechos liberales y sociales, y por lo tanto quedando estos últimos como derechos fundamentales de segunda o tercera generación³.

Ya en el artículo 1 de la Declaración⁴, podemos ver cómo está presente el valor de la igualdad, el cual está claramente vinculado a los derechos sociales, mientras que el valor con el que se suelen vincular los derechos civiles y políticos es la libertad (distinción que hecha de manera categórica es totalmente errónea, ya que -como veremos más adelante- los derechos sociales también son presupuesto para la libertad). Este será el “germen” que más tarde vendrá recogido en la Constitución de 1791, donde el legislador incluirá un primer sistema de asistencia pública y otro de educación pública, respectivamente⁵:

“Se creará y organizará un establecimiento general de Socorro público, para criar a los niños abandonados, atender a los pobres inválidos, y proporcionar trabajo a los pobres que siendo capaces no hayan podido procurárselo”

“Se creará y organizará una Instrucción pública común a todos los ciudadanos, gratuita en relación con las enseñanzas indispensable para todos los hombres, y cuyos establecimientos estarán distribuidos gradualmente en relación con la división del reino”.

Seguidamente, estos derechos sociales de asistencia sanitaria, educación y protección del trabajo, cobrarán más claridad y fuerza durante la Primera República Francesa, con la redacción del texto constitucional de 1793; en particular, se incluirán en los artículos 21 y 22⁶. Si bien queda patente la inclinación hacia la igualdad social que pretendía el

³Cfr. García Manrique, R., *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, España, Barcelona, 2013.

⁴ El cual enuncia lo siguiente: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

⁵ Traducido del Título I: “Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución” de la Constitución francesa de 1791.

⁶ La Constitución republicana del 24 de junio de 1793 decía así: Artículo 21. “El socorro público es una deuda sagrada. La sociedad debe asistencia a los ciudadanos desgraciados, bien procurándoles trabajo, bien asegurando los medios de existencia para aquellos que no están en situación de trabajar”;

gobierno jacobino de la época, siendo Maximilien Robespierre su representante más notorio, parece paradójico que dicha etapa pasase a la historia como el período del Terror. A pesar de las intenciones expresadas y recogidas en la carta magna -en un situación política tan convulsa-, para los llamados hombres del Comité de Salud Pública resultó muy difícil llevar a cabo las propuestas que tenían en mente; siendo claro ejemplo de ello el Plan de Educación Nacional ideado por Michel Lepeletier, el cual no llegó a ser aprobado.

b) La Constitución francesa de 1848.

El siguiente hito histórico lo encontramos tras la Revolución de 1848 y con la instauración de la Segunda República Francesa (periodo que va del 25 de febrero de 1848 al 2 de diciembre de 1852); cuyo texto constitucional supondrá -no tanto por su articulado en sí- el reconocimiento de los derechos sociales como pilar para la ordenación de la comunidad social y política⁷.

Uno de los elementos fundamentales para entender la motivación que hay detrás de este texto jurídico-positivo, es la aparición de un nuevo agente político: la clase trabajadora. Es por eso, a pesar de que -el sufragio universal y la constitución de la república- fueron las conquistas más relevantes de la revolución⁸, el derecho al trabajo resultó ser una de las reivindicaciones más peliagudas, a pesar de que finalmente no fue incluido como tal en la constitución. De todas formas, se incluyeron los derechos sociales en el articulado (en el párrafo VIII del Preámbulo⁹ y en el artículo 13¹⁰).

La relevancia de este texto constitucional se refleja también en la introducción de una igualdad real (no solo teórica, formal), como consecuencia de fenómenos sociales tales

Artículo 22. “La instrucción es necesidad común. La sociedad debe asegurar con todo su poder los progresos de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”.

⁷Cfr. García Manrique, R. en su obra *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, cit.

⁸ Junto con otras también de gran importancia como la inclusión de las libertades públicas fundamentales, abolición de la esclavitud, de la nobleza y de la pena de muerte para los disidentes políticos.

⁹ Dice así: “La República debe proteger al ciudadano en su persona, su familia, su religión, su propiedad, su trabajo, y poner al alcance de cada cual la instrucción indispensable a todos los hombres; debe, mediante una asistencia fraterna, asegurar la subsistencia de los ciudadanos necesitados, ya sea procurándoles trabajo en los límites de sus recursos, ya sea socorriendo, a falta de la familia, a aquellos que no están en estado de poder trabajar”.

¹⁰ Que dice así: “La Constitución garantiza a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria. La sociedad favorece y anima el desarrollo del trabajo mediante la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad en las relaciones entre el patrón y el obrero, las instituciones de prevención y de crédito, las instituciones agrícolas, las asociaciones voluntarias, y el establecimiento, por parte del estado, los departamentos y los municipios, de trabajos públicos propios para el empleo de los brazos sin ocupación; proporciona asistencia a los niños abandonados, a los impedidos y a los ancianos sin recursos, y a quienes sus familias no puedan socorrer”.

como los movimientos migratorios en masa hacia las ciudades, la creación de nuevos modelos productivos o como venimos comentando, el surgimiento de una nueva clase trabajadora; todo ello conllevó un incremento de las presiones por parte de movimientos obreros y la incorporación de los mismos a los parlamentos. Es por eso que el inicio del proceso de generalización, según la evolución histórica de los derechos que plantea Peces-Barba¹¹, tiene lugar en esta época, gracias al salto que se da de hablar y entender a un individuo abstracto a uno concreto (es decir al trabajador, obrero, campesino en particular), reconociéndole una mayor titularidad de derechos a más población (gracias a la extensión del sufragio).

Las aportaciones socialistas y progresistas de esta época hicieron posible, que de la misma forma¹², se desarrollase un proceso de especificación durante la segunda mitad del siglo XX, el cual supone no solo el reconocimiento de derechos a sujetos y colectivos concretos (específicos) cuya situación es especial y/o vulnerable, implicando por tanto una idea de igualdad material. La especificación se ha ido produciendo bien respecto al género, bien respecto a la edad¹³ o bien respecto a ciertos estados de la existencia humana¹⁴¹⁵.

1.1.2 La Segunda Guerra Mundial y el nacimiento del Estado de Bienestar¹⁶

Como veníamos diciendo, la ampliación de titulares de los derechos se produce con la extensión de los derechos de participación política, del sufragio, lo que evita la dependencia de la posesión o no de riqueza, renta, género o estatus social.

a) Sustanciación del proceso de generalización.

El proceso de generalización supone la extensión de la satisfacción de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían, a la vez que se intenta compaginar la igualdad formal (pilar de la política social) con la idea de universalidad, por la cual todos los

¹¹ Cit.

¹² Las raíces de ambos procesos, se encuentran en este mismo momento histórico, siendo el proceso de especificación subsiguiente al de generalización, ya que no llegaría a desarrollarse hasta la segunda mitad del siglo XX e inicios del XXI.

¹³ Como pueden ser los derechos de la infancia, de la ancianidad.

¹⁴ Es el caso de los derechos de los enfermos, de las personas con discapacidad, etc.

¹⁵ De Asís Roig, R. F., *“Una discusión sobre la universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración”*, Dykinson, España, 2006, pp. 35-58.

¹⁶ Para ver con más profundidad las características del proceso de generalización en el Estado de Bienestar, ver Rubio Lara, M. J., *“La formación del Estado social”*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991; y Martínez de Pisón Cervero, J. M., *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*, Tecnos, España, 1998.

sujetos verían satisfechos sus derechos, mediante esquemas prestacionales ¹⁷. La aparición de los derechos económicos, sociales y culturales será el presupuesto para entender la necesidad de una realización jurídica no abstracta sino concreta, del contenido de dichos derechos. Contexto dado con la aparición del Estado de Bienestar en la segunda mitad del siglo XX, en el que el Estado tomará un rol activo a la hora de garantizar esa política social, lo cual será posible gracias a un desarrollo económico sin precedentes (en el que los estados occidentales podían permitirse un bienestar generalizado); y que, *a sensu contrario*, los derechos sociales serán duramente criticados y señalados como los responsables del estancamiento económico a finales de los años ‘60 y ‘70.

b) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH).

Este documento, aprobado en París en diciembre de 1948 por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), es de vital importancia en la historia de los derechos fundamentales, ya que por primera vez se recogían en 30 artículos una serie de derechos, con sus principios y garantías, que se reconocen a todo ser humano por el mero hecho de serlo; ya que, en palabras del propio texto: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” (art.1) y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art 2.1). En cuanto a los derechos sociales, la Declaración, que se encuentra dividida en distintas categorías de derechos, incluye aquella de los derechos de carácter social, económico y cultural¹⁸.

Las características de estos derechos es que son universales, indivisibles e interdependientes, lo que se traduce en que todo individuo cuenta con estos derechos inalienables, teniendo los gobiernos de los diferentes países la obligación de promoverlos y garantizarlos (en qué medida son realmente garantizados será un tema que veremos en el capítulo sucesivo), de manera que puedan ser efectivamente

¹⁷ Ansuátegui Roig, F. J., *Historia de los derechos fundamentales*, “Estado de derecho, Estado constitucional y derechos fundamentales en el siglo XX. Los diferentes modelos”, Tomo IV, Volumen IV, Dykinson, Madrid, 2014, pp.447-488.

¹⁸ Vienen recogidos en los arts. 22 a 27 de la DUDH, en los cuales se reconoce: el Derecho al empleo, Derecho a la protección social, Derecho a la vivienda, Derecho a la educación gratuita, Derecho a la sanidad, Derecho a un entorno saludable y al acceso a la cultura, Derecho a la alimentación y a la soberanía alimentaria.

ejercitables, sin que medie discriminación alguna. Es interesante analizar como la indivisibilidad, parte transversal de la doctrina de la ONU, no viene reconocida expresamente en la DUDH (sino implícitamente), y no será hasta la Declaración de la Conferencia de los Derechos Humanos de 1968 de Teherán¹⁹, que se recogerá. Este principio resulta fundamental, ya que de ello deriva el hecho de que todos los derechos tiene el mismo fundamento, sin que medie jerarquía alguna entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales (como veremos y discutiremos más adelante, estos últimos suelen ser tratados como derechos de segunda categoría), debiéndose interpretar, por lo tanto, de manera coordinada, conjunta y asegurando la efectividad de todos los derechos²⁰.

Por último cabe mencionar que a la Declaración, cuyo carácter era no vinculante, le siguieron dos pactos para introducir mecanismos de exigibilidad, otorgando a los derechos incluidos en ellos un valor jurídico plenamente vinculante. Los tratados internacionales -aprobados 18 años después que la DUDH- consisten en, un Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

1.2 La ciudadanía social

Como hemos podido comprobar, el nacimiento y desarrollo histórico de los Derechos Sociales va acompañado y contrapuesto, de forma inevitable al de los Derechos Liberales, es por eso que analizaremos sus diferencias (incluyendo el supuesto de que efectivamente las haya) y los delimitaremos. Para ello, previamente es interesante introducir el concepto de ciudadanía social -término acuñado por Thomas H. Marshall²¹- que se contrapone al de ciudadanía republicana (de igual manera que los derechos sociales con los liberales).

Mientras que el modelo liberal afirma la igualdad como modelo fundamental, en el modelo republicano se reconoce la ciudadanía diferenciada en cuanto es necesario

¹⁹ En particular, se expone en el punto número 13, “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”.

²⁰ Escobar Roca, G., “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, Núm. 2, 2012, pp. 47-61.

²¹ En su libro *Citizenship and Social Class*, traducción: *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.

considerar derechos especiales a los diferentes grupos sociales dentro de un Estado, es decir la llamada discriminación positiva²². Todo ello como consecuencia de la incipiente incorporación del individuo a la esfera pública y la reivindicación de las diferencias entre los varios individuos y grupos (y que se presupone como una de las características para considerar a un Estado como democrático). El modelo de ciudadanía republicana se funda en aceptar las identidades culturales diversas, enfatizando primero en la igualdad y el respeto, para luego entrar a valorar lo individual; se pone el foco en entender y tratar al individuo como miembro de una comunidad, de una cultura, dentro de la que se definirán unos valores fundamentales y unos derechos básicos como ser humano²³.

El concepto de ciudadanía social, transformó su contenido al ir insertándose en las formas de articulación de los Estados de bienestar y del reconocimiento de derechos sociales, quedando en este contexto la noción de ciudadanía como la clave para entender la dinámica de una democracia moderna²⁴; y por lo tanto, pone de manifiesto un carácter inclusivo, por lo que resultan imprescindibles los derechos sociales en este ámbito, sin dejar de lado los derechos políticos, ya que son presupuesto indispensable para poder hablar de inclusión (en particular política, para poder ser miembro pleno de una comunidad).

La ciudadanía social es el producto de un proceso social, que nace como una protección frente al poder -en particular al de mercado, como se detalla *infra*- y que cuenta con varias etapas: (i) el reconocimiento de los derechos civiles (ii) el reconocimiento de los derechos políticos (iii) el reconocimiento de los derechos económicos, culturales y sociales. Cabe recordar que se toma como idea básica el hecho que para ser ciudadanos y poder participar de manera plena en la esfera pública, necesitamos de una cierta independencia otorgada a través de una cierta posición socio-económica. Esto se debe a que las desigualdades y las carencias en las necesidades básicas limitan notablemente la capacidad de deliberación o la afirmación de la solidaridad como vínculo social de

²² Neri Coronado, A. N., “Ciudadanía Republicana”, *El Universal* (disponible en https://www.eluniversal.com.mx/blogs/observatorio-nacional-ciudadano/2017/04/24/ciudadania-republicana#_ftn2; última consulta el 18/02/2020).

²³ Velasco Gómez, A., “Democracia Liberal y Democracia Republicana”, *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía Política*, núm. 1, Triana, Sevilla, 1999, pp. 72-82.

²⁴ Tal y como lo sugiere Añón, J. M., “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002.

cohesión²⁵; siendo indispensable no solo el reconocimiento al individuo de dichos derechos, sino la capacidad para ejercerlos, exigirlos y participar en los resultados sociales (tal y como sucede también con los derechos civiles y políticos).

Como comentábamos, los derechos sociales nacen por oposición a los abusos y la arbitrariedad del poder (siendo de especial relevancia para la defensa de los derechos sociales, el adquirir una autonomía e inmunidad frente al poder político, al mercado y a los poderes privados), y en consecuencia, para proteger las necesidades e intereses de determinados grupos más débiles. Se entiende que la necesidad de garantizar las necesidades humanas básicas es el punto de partida del modelo social, y actúa como presupuesto para una autorrealización del individuo, que es el contenido básico y mínimo. Partimos de este principio de satisfacción de necesidades básicas, que se configura como criterio de justicia -teniendo importancia tanto moral como prioridad-, y que resulta de especial relevancia en el proceso de “desmercantilización”, es decir de la asignación pública de provisiones de bienes y servicios supeditados a la política social. En particular, encontramos que esta regulación (tramitada mediante los derechos sociales), supone un límite jurídico impuesto a la ley del mercado²⁶, poniendo especial énfasis en ámbitos tales como la salud, educación o vivienda; y consistiendo pues, en el acceso a esos bienes y servicios mediante cauces ajenos al mercado, lo cual es garantizado por parte de las instituciones públicas o estatales²⁷

Por lo tanto, queda patente que el objetivo de la ciudadanía social es garantizar el acceso del individuo como miembro pleno de una sociedad regida por la igualdad, y configurándose pues, como la condición para el acceso al conjunto de los recursos básicos sin ningún tipo de discriminación.

²⁵*Id.*

²⁶ Nos referimos al “juego” de la oferta y demanda mercantil.

²⁷ *Cfr.* Ribotta, S. y Rossetti, A., *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.

2. COMPARACIÓN Y DIFERENCIACIÓN CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Nos encontramos ante dos categorías de derechos, los civiles y políticos por un lado, y los económicos, sociales y culturales por el otro. Si bien ya se podría discutir el hecho de que los civiles y políticos podrían formar una categoría *per se*, los vamos a analizar - como se ha hecho tradicionalmente- de forma conjunta (y por lo tanto en ellos se incluyen los derechos a la igualdad, a la integridad física y moral, libertad de pensamiento y culto, etc.). Por lo tanto el foco lo vamos²⁸ a poner en la distinción y contradicción que se suele hacer entre éstos y los derechos sociales (sobre todo a la hora de hacer clasificaciones de los derechos humanos), entendiendo los primeros como los más vinculados al valor de la libertad y los segundos al de igualdad. Esta dicotomía, se relaciona con los puntos de vista ideológicos de corte conservador y liberal: los primeros ponen el énfasis en los derechos civiles y políticos, ya que los consideran básicos, universales, incondicionados e indeclinables y por lo tanto, como los fundamentales, dejando a los derechos sociales en un segundo plano, como aspiraciones ideales, y que desde luego están subordinados a los primeros. En cuanto a la visión progresista, argumentan que si bien los derechos civiles y políticos son necesarios, los derechos sociales se configuran como la condición para que haya una efectiva igualdad y libertad, ya que para de ejercer mis libertades necesito previamente obtener una educación, tener salud, vivienda, etc., para obtener una igualdad real y poder luego desarrollarme libremente.

La distinción pues, entre derechos civiles y políticos con los derechos sociales, tiene sentido si se entiende -tal y como proponen Abramovich y Curtis²⁹- como dos paradigmas o matrices político-ideológicas, permitiendo identificar el contexto histórico y situación en la que nacieron. Pero queda patente, como veremos a continuación, que dicha distinción no es exhaustiva, ya que podemos encontrar tanto derechos que se pueden encajar en ambas categorías como derechos que no se reduzcan a ninguna de las categorías.

- Modelo del derecho privado clásico

²⁸ Siguiendo a Ruiz Miguel, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 15-16, 1994, pp. 651-674.

²⁹ Abramovich, Victor y Curtis, Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Trotta, Madrid, 2002, pp. 47-64

Este modelo corresponde (dentro de la concepción de la economía política clásica) a la visión liberal, siendo su punto de referencia la codificación civil continental europea y el establecimiento de la doctrina contractual clásica. La preeminencia de este modelo basado en una economía de mercado, hace que la libertad individual sea lo que premie la hora de configurar los derechos (subjetivos y destinados a la protección de la esfera privada patrimonial), por lo que surgirán libertades o facultades³⁰. Además, se pone en el centro del análisis al sujeto individual y las relaciones entre éstos, consagrando el principio de autonomía de la voluntad (ya que el ser humano es racional y capaz), siendo el vehículo ideal para ello el contrato; mientras que al Estado le quedan relegados unas funciones de legislación, es decir de redacción de las reglas, y la garantía de las mismas (el estado no tiene que intervenir más que para asegurar que haya igualdad ante la ley y entre los individuos).

- Modelo de derecho social

Este modelo, iniciado con las pretensiones de generalidad de la clase trabajadora, recoge no solo el ámbito laboral, sino también la creciente intervención estatal en ámbitos tales como la sanidad, educación. Históricamente por lo tanto, se coloca sucesivamente al modelo de derecho privado clásico, aunque no lo sustituye, sino que modifica y transforma algunos de los postulados del anterior. Su fundamentación se encuentra – contraponiéndose al clásico *laissez faire* del liberalismo económico- en la necesidad de la intervención del estado para corregir las ineficacias del mercado o mejor dicho, la necesidad de configurar un estado que ejerza una justicia distributiva entre sus componentes³¹, dándole un mayor valor a lo colectivo (frente a lo individual). Por lo tanto, frente al sujeto racional, cuya capacidad de discernimiento le garantiza lo que es mejor para él, tenemos sujetos colectivos (como por ejemplo los trabajadores, consumidores, etc.), que se configurarán jurídicamente como sujetos derecho colectivo (en forma de asociación, sindicatos). En cuanto a la autonomía de la voluntad, se empiezan a imponer límites, a través de mecanismos tales como el “orden público”, ya que se favorece siempre a lo colectivo frente a lo individual, especialmente en materias más sensibles (como trabajo, sanidad, educación, etc.); donde el Estado ganará más

³⁰ Se analiza de manera detallada como actuaba esta autonomía individual en los sujetos en Habermas, J., “*Facticidad y validez*”, Trotta, 2010.

³¹ No se busca únicamente el crecimiento económico, como síntoma de prosperidad y desarrollo, sino que éste tiene que estar acompañado de una equidad e igualdad entre sus participantes, rol reservado a la acción estatal.

importancia y competencias, no solo regulando ámbitos privados, sino mediante el establecimiento de servicios públicos y a través de la gestión directa.

Si bien en un modelo se ponía la idea de la libertad como la troncal, en el modelo social lo será el de igualdad. Frente a un derecho de individuos, se habla de derechos de grupos, es decir que la titularidad de algunos derechos pertenece al individuo en cuanto miembro de un colectivo. Además, el modelo social se caracteriza por ser un derecho de desigualdades, entendido como el mecanismo de compensación y equiparación que se adquiere mediante la injerencia estatal; e íntimamente ligado a la sociología, la cual resalta las relaciones que operan entre los distintos grupos sociales³².

Por último cabe señalar la propuesta de un nuevo paradigma³³: el procedimental. Se trata de una de las teorías más contemporáneas, que dejan atrás tanto el modelo clásico como el social, y ponen el foco, valga la redundancia, en el procedimiento; aunque, lejos de señalar como se configuraría este modelo exclusivamente de forma procedimental, sigue siendo difícil la distinción con los modelos anteriores, en los cuales también tenemos presente ese proceso³⁴.

2.1 Los derechos civiles como derechos universales y los derechos sociales como derechos particulares

Entre los criterios que se usan para distinguir entre las dos categorías de derechos, encontramos una propuesta de distinción según la cual los derechos civiles y políticos son “universales e inalienables”, que imponen deberes negativos (de no hacer, prohibiciones) y quedan reconocidos a todo individuo. Por el contrario, los sociales se quedarían como particulares, de grupos, ya que producen efectos y obligaciones tanto en cuanto se pertenezca a un determinado colectivo, y no podrían ser universales al tratarse de derechos de determinadas personas con unas pretensiones y exigencias en particular, que les son satisfechas; además imponen deberes positivos, ya que serán grupos de personas que tendrán que organizarse y tener unas instituciones que les presten esa actividad, recayendo dicho coste en la generalidad de la sociedad. Si bien

³² Estos son los rasgos principales sobre los derechos sociales que destaca *cfr.* Edwald, François, “*L'Etatprovidence*”, Grasset, Paris, 1986.

³³ Siguiendo de nuevo, el análisis llevado en Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, Trotta, Madrid, 2002.

³⁴ En el modelo clásico, tal y como señala Max Weber, los individuos tienen la facultad de regular sus relaciones; mientras que en el modelo social, el procedimiento (como puede ser el de negociación colectiva) es fundamental.

metafóricamente se puede plantear esta distinción, en la práctica vemos como ambas clases de derechos presentan rasgos de uno y otro lado, y es más, en cuanto derechos fundamentales, la única distinción que podría operar es la siguiente³⁵: (i) derechos universalmente proclamados pero particularmente garantizados (ii) derechos de titular privilegiado y (iii) derechos sectoriales.

2.2 El carácter prestacional de los derechos sociales

Una de las diferencias que más se suelen poner de manifiesto entre las dos categorías de derechos es el elevado coste que conllevan los derechos sociales para el Estado (a través de prestaciones públicas), mientras que los civiles y políticos suponen un coste menor; lo que se ha traducido históricamente, en una menor eficacia directa e inmediata para los derechos sociales. Es por lo tanto, el susodicho carácter prestacional que -cuando el coste económico no es asumible por parte del Estado-hace que la eficacia de los derechos sociales quede supeditada a los recursos disponibles, hecho lícito gracias a que los poderes públicos así lo han configurado³⁶. Al otro lado encontramos unos derechos totalmente definidos y que -lejos de requerir una intervención activa por parte del Estado-, se limitan a generar obligación de abstención para el mismo; por lo tanto, podemos ver como el contenido de éstos es inherente a todos los seres humanos, y en el caso de los derechos sociales, su contenido queda vinculado a el eventual desarrollo económico³⁷. Esta idea de que los derechos civiles y políticos imponen deberes de abstención, de no interferencia, que afectan a todas las personas, tanto físicas como jurídicas, instituciones o poderes públicos, es patente por el lado de los derechos sociales en que éstos imponen deberes de prestación por parte del Estado y los poderes públicos; lo cual no es cierto, ya que ambos bloques de derechos imponen deberes de hacer y no hacer, tanto a particulares como al Estado.

Cabe hacer una importante matización, y es que si bien es cierto que los derechos sociales generalmente requieren de una mayor intervención por parte del Estado y una mayor asignación de recursos para su desarrollo, los derechos civiles y políticos también requieren de un esfuerzo financiero para el mismo. Para ello parece interesante

³⁵ Tal y como la plantea Ruiz Miguel, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 15-16, 1994, pp. 662-663

³⁶ Como unos derechos indefinidos o "pretensiones bien intencionadas".

³⁷ Herreros López, Juan Manuel, "La justiciabilidad de los derechos sociales", *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2011, p.78

ver los últimos datos aportados por Estados Unidos de su gasto público, en el que de 4.678.068,1 millones de euros, entorno al 50% del gasto correspondió a prestaciones de carácter social, siendo las mayores partidas destinadas: 13,45% a educación; 35,29% a gasto en salud; y 9,96% de gasto en defensa³⁸. En cambio en España -para 2017-, si observamos las Tablas I y II (**Anexo I**), la mayoría del gasto público (un total de 478.669 millones de euros) fue destinado a partidas vinculadas con el desarrollo de derechos sociales, siendo el mayor gasto (con diferencia) el de protección social, seguido de salud, servicios públicos generales, educación y asuntos económicos generales. Si sumamos el gasto social éste representa el 64,65%³⁹ del total del gasto público.

A la luz de estos datos se ve con claridad que, a pesar de que la mayoría de gastos públicos van destinados a políticas sociales y de bienestar, los derechos civiles y políticos también conllevan una serie de gastos asociados a su garantía, ejercicio y desarrollo; como pueden ser los gastos derivados del proceso de participación política, de las elecciones, financiación de partidos políticos, etc., y en el caso de la seguridad, ésta puede llegar a representar (como hemos visto con casi un 10% del gasto público norteamericano) un coste muy elevado.

Todo esto se traduce en que -como veremos en el capítulo siguiente-, mientras los derechos civiles y políticos son directamente exigibles en su totalidad ante los tribunales y ejecutables inmediatamente, los derechos sociales necesitan de una normativa de desarrollo para poderlos invocar ante los tribunales, lo que se manifiesta en la práctica en una aplicación parcial y progresiva (que como veníamos diciendo se vincula a la tenencia o no de fondos por parte del Estado).

2.3 Los derechos de libertad como absolutos, los derechos sociales como relativos

En general, se tiene la idea de que los derechos fundamentales son “sagrados”, intocables, y de manera más particular, se asocia esta característica a los derechos civiles y políticos, ya que como hemos visto a lo largo de su configuración histórica, se posicionan en los textos constitucionales como unos derechos básicos que se le atribuyen a todo individuo. Quedan prácticamente excluidos del proceso democrático en

³⁸ Datos recabados para 2014 según el periódico “Expansión” (<https://datosmacro.expansion.com/estado/gasto/usa>)

³⁹ La suma de las partidas de protección social (193 722 m. euros), salud (69.312 m euros) y educación (46.449 m. euros), ascienden a 309.483 sobre un total de 478.669 millones de euros.

cuanto no se prevé o mejor dicho no se contempla, que por decisión mayoritaria, se pueda quitar privar a un individuo de su libertad religiosa o de la presunción de inocencia⁴⁰. En lo que respecta a los derechos sociales, se les atribuye un carácter relativo, en cuanto encuentran límites en su aplicación debido a la disposición de recursos materiales o no, al momento y contexto histórico y a las exigencias sociales. De todas formas, queda claro que ningún derecho está exento de límites, y que -más allá de la imposibilidad física y material de cumplir en todos y cada uno de los casos- se suelen tener mecanismos para controlar y poder exceptuar la aplicación de tales derechos en caso de conflicto entre varios derechos o causas de extraordinaria urgencia o emergencia.

De la misma manera, se ha utilizado una distinción entre ambas categorías de derechos (con una clara intención de rebajar el grado de exigencia de los derechos sociales) como reglas y principios⁴¹. Resulta complicado reconocer un grupo de derechos como los sociales conforme a principios, ya que eso supondría entenderlos como órdenes de medios en las que no se puede pretender un resultado exacto; mientras que -como veremos en el siguiente capítulo- los derechos sociales pueden configurarse en el ordenamiento jurídico como reglas, y consecuentemente, ser vistos como mandatos de resultado (aunque sean los derechos civiles y políticos los que se suelen configurar de dicha manera). El ejemplo más claro lo encontramos en el momento en que en los textos constitucionales se ponen los derechos sociales como derechos fundamentales, por lo que son a la vez principios, en cuanto inspiran todo el ordenamiento y guían la acción legislativa de los gobiernos, y reglas, porque constituyen auténticas normas jurídicas que exigen la realización de unos contenidos⁴².

⁴⁰Siguiendo a Ruiz Miguel, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 15-16, 1994, p. 657

⁴¹Las reglas son normas jurídicas de forzada aplicación, su cumplimiento no admite grados, imponen mandatos de resultado. Establecen de forma concluyente sus condiciones de realización, de tal manera que o se cumplen o no se cumplen. En cambio, los principios son pautas que obligan a los gobiernos a hacer algo con un determinado fin, pero sin exigir el resultado. Son obligaciones de procedimiento que admiten un cumplimiento gradual, una gradación en su realización

⁴² Rey Pérez, José Luis, "La naturaleza de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, núm.16, 2007, p. 148

3. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Sin lugar a duda nos encontramos ante una de las cuestiones más importantes y de mayor trascendencia social, a la vez que difícil debido a su implicación en ámbitos tan sensibles como la salud, el trabajo o la educación. El problema se centra pues, en que a pesar de que los derechos económicos, sociales y culturales se han ido incorporando en todos o casi todos los textos constitucionales e incluso tratados internacionales (basta recordar el PIDESC), no queda igual de claro que se pueden hacer efectivos en todos los casos; es decir, tener la posibilidad de reclamar ante el poder judicial el cumplimiento del contenido del derecho y las obligaciones que se derivan de éste, en caso de incumplimiento. Para ello, además de la regulación constitucional (que es el presupuesto básico para su garantía y que veremos con detalle más adelante), es interesante observar el resto de mecanismos jurídicos que hay.

3.1 Técnicas jurídicas para garantizar la efectividad

La multiplicidad de esquemas jurídicos posibles a la hora de proteger y exigir los derechos, tanto civiles y políticos como sociales, derivan de una doble vertiente: una del contenido de los derechos, que hace referencia a los procesos de codificación y juridificación, los cuales permiten establecer los efectos y límites al derecho, en cambio, la otra se trata de la tutela judicial efectiva, sobre la que hay una discusión de si se trata de un derecho fundamental en sí mismo o no en la que no vamos a entrar, y que hace referencia a la diversidad de procedimientos que se plantean para proteger los derechos sociales (como pueden ser -a modo ejemplificativo- el ilícito penal, los procedimientos administrativos ante el incumplimiento de las prestaciones estatales, procedimientos civiles de indemnización y reparación de daños, los juicios laborales, el recurso de amparo o, en general, la posibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria)⁴³. En este contexto es interesante seguir la clasificación propuesta por Robert Alexy⁴⁴ en tres estructuras: derechos a algo, libertades y competencias. La primera categoría se entiende como aquellos derechos cuyo objeto está constituido por una conducta (que puede ser de acción u omisión) del sujeto; aquí entrarían las categorías -que hemos ido

⁴³Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 15-16, 1994, p. 671.

⁴⁴ En su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 186-239.

analizando a lo largo del trabajo- de obligaciones de no interferencia por parte de terceros y de obligaciones positivas por parte del Estado (que a su vez el autor divide en “normas protectoras” y “normas fácticas”. En lo que se refiere a las libertades, éstas hacen referencia a los derechos cuyo contenido otorga facultades de acción al sujeto destinatario sin la interferencia del propio otorgante, pero sin la prohibición para terceros (es decir, el Estado te permite hacer algo, pero no garantiza que no hay interferencia por parte de terceros, como puede ser el caso de la competencia). Por último, tenemos las competencias, cuyo contenido se caracteriza por otorgar, mediante actos normativos, la facultad de crear derechos y obligaciones, tanto a privados como a instituciones, entes públicos.

3.2 La justiciabilidad y sus fuentes

Antes de entrar a ver exactamente la configuración de los derechos sociales y los instrumentos que hay para poder exigirlos ante los tribunales, es interesante introducir los diferentes grados de obligación que puede tener un derecho (independientemente de su categoría), ya que como veíamos a la hora de diferenciar entre derechos civiles y políticos de los derechos sociales, se solía atribuir a los primeros unas obligaciones de no hacer y unas de hacer a los segundos. Los diferentes grados de cumplimiento que vamos a seguir, son los cuatro “niveles” de obligaciones de van Hoof⁴⁵, a saber: (i) obligaciones de respetar, su principal característica es que imponen al Estado la obligación de no impedir la realización del contenido del derecho, del disfrute de los bienes objeto del mismo (ii) obligaciones de proteger, en este caso además se impide la injerencia de terceros (iii) obligaciones de garantizar, supone garantizar el acceso al contenido del derecho cuando un individuo no pueda hacerlo por sí mismo (iv) obligaciones de promover, se trata de la obligación de poner las condiciones necesarias que garanticen el acceso al contenido del derecho. Pues bien, para que los derechos sociales sean exigibles, tenemos que ver si no solo imponen obligaciones al Estado, sino que, en caso de incumplimiento, existan jueces y tribunales capaces de actuar como garantes y protectores de los titulares de dichos derechos. Esto es ilustrado de manera

⁴⁵Propuesto en van Hoof, G. H. J., *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some traditional views* en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, p.99

muy clara con la máxima “*thereis no rightwithout a remedy*”⁴⁶, es decir que no habrá derecho si no hay acción judicial para poder reclamarlo en caso de lesión del mismo.

Por lo tanto, resulta patente la necesidad de identificar las obligaciones que tiene el Estado derivadas de los derechos sociales, cuestión que no es baladí, ya que aflora una clara insuficiencia a la hora de normativizar los derechos sociales (tanto a nivel constitucional como convencional) y en la elaboración de organismos de control, que garanticen su aplicación. En relación con las obligaciones positivas, tal y como ponen de manifiesto Abramovich y Courtis, las principales dudas surgen entorno al hecho de que la estructura del Poder Judicial resulta la menos adecuada para realizar planificaciones de política pública, además de que carece de poder fáctico para condenar al Estado⁴⁷-en todo caso- a cumplir con las prestaciones omitidas o que las decisiones particulares en muchas ocasiones son fuente de desigualdades. En estos casos el Estado suele cumplir y promover las obligaciones dirigidas a garantizar los derechos sociales, por lo que resulta muy improbable encontrar casos de incumplimiento de un contenido mínimo o esencial, y siendo lo más habitual que se preste de manera discriminatoria (ante lo cual hay vías directas y sencillas para su justiciabilidad) o que se responda ante dichos incumplimientos a través de la acción particular, es decir procedimientos individuales ante dichos incumplimientos. En lo que respecta a las obligaciones negativas, el acceso a los tribunales resulta mucho más sencillo debido a la obligación que tiene el Estado de no discriminación⁴⁸, y que -como analizaremos *infra*- tiene su fundamento en el art. 2.2 PIDESC.

Se tiene esta concepción generalizada de que los derechos sociales no son justiciables, o que lo son pero de manera mediata, indirecta, en el caso que haya legislación de desarrollo. Para ver si esto es cierto, partiremos de los requisitos genéricos necesarios para su exigibilidad ante un tribunal, que son: por un lado la existencia de un tribunal independiente con competencias y capacidades suficientes para reparar vulneraciones objeto de contenido del derecho en cuestión, y por el otro, la posibilidad por parte de los sujetos del derecho a acceder a estos tribunales y plantear sus pretensiones; estos serían los presupuestos básicos e indispensables, sin perjuicio que dicha justiciabilidad admita

⁴⁶ Deriva del principio latino “*Ubiusibiremedium*”.

⁴⁷ Si bien existen mecanismos e instrumentos por los cuales pueden determinar el incumplimiento de sus obligaciones o que le declaren en mora, en la práctica resulta muy complicado debido a la dependencia que tienen de los poderes públicos de las actividades de planificación y de las presupuestarias.

⁴⁸ Esta obligación, como comentábamos, también es utilizada en las obligaciones positivas como cauce para su reclamo ante los tribunales.

luego en la práctica distintos grados de desarrollo⁴⁹. Por lo tanto, los derechos sociales serán justiciables en el momento que un titular de éstos pueda acceder a un juez que mediante una sentencia imponga el cumplimiento de la obligación objeto de vulneración.

En el plano internacional, tenemos como texto de referencia el ya citado PIDESC, que en relación con la exigibilidad de los derechos que en él se consagran, establece expresamente en su art.2.1 la obligación de adoptar medidas para otorgar efectividad a los derechos contenidos:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

De una simple lectura del artículo se extrae una importante asimetría respecto a los derechos civiles y políticos, y que -como hemos analizado- sirve de base para aquellas tesis que sostienen que los derechos sociales están “en un segundo plano”, ya que en materia internacional, el PIDCP establece de manera inequívoca la obligación de adoptar un recurso en caso de incumplimiento o violación del contenido de los derechos que consagra (art. 2.3):

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre

⁴⁹Cfr. Pisarello, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”, *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 34, 2009, pp. 140.

los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

Por lo tanto, vemos como la exigibilidad de los derechos de un texto y otro son completamente distintos, los derechos civiles y políticos quedan explícitamente sometidos al control jurisdiccional, pudiendo cualquier persona acceder a él, mientras que los derechos sociales quedan sometidos a la obligación del Estado de adoptar las medidas pertinentes, lo cual depende a su vez de la disponibilidad de recursos. Esta disimetría se acentúa todavía más si tenemos en cuenta los mecanismos de implementación de los pactos: el PIDCP crea un Comité de Derechos Humanos, cuyas competencias le permiten intervenir en los informes y comunicados que aleguen los Estados (e incluso los particulares⁵⁰) en caso de incumplimiento, en cambio, el PIDESC prevé un protocolo de informes pero sin adoptar ningún mecanismo de comunicados para los casos de incumplimiento; hecho que acentúa todavía más el acceso a los tribunales en materia de derechos sociales, ya que no solo los textos son indeterminados sino que tampoco hay unos mecanismos claros para su justiciabilidad. Además, para paliar esta situación de ambigüedad, el propio organismo que había redactado el texto -Naciones Unidas- crea un Comité en 1985 (de Derechos Económicos Sociales y Culturales) encargado de la aplicación del articulado, lo cual hará mediante la redacción de “observaciones generales”⁵¹.

Hay que tener en cuenta que el PIDESC, en cuanto tratado internacional, vincula a los estados que lo han ratificado, teniendo que interpretar su contenido de buena fe, teniendo en cuenta el objeto y el fin del mismo; y no solo eso, sino que al tratarse de derecho internacional, los estados parte tienen que transponerlo a su propio ordenamiento jurídico, lo que ha abierto una nueva vía de acceso a la justiciabilidad, y es que los tribunales locales pueden aplicar este derecho internacional (frente a la complejidad material y de recursos que supone acceder a organismos y tribunales internacionales). Si bien todo esto es cierto, cabe hacer una matización, para lo que nos

⁵⁰ La legitimación es extendida a los particulares del Estado infractor, gracias al Protocolo Facultativo del PIDCP (art.1), para casos de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto.

⁵¹ Al ser el órgano de aplicación del PIDESC, estas observaciones generales que emite se entienden como jurisprudencia en relación al contenido del pacto.

apoyaremos en la Observación General Número 9, sobre la aplicación interna del Pacto, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁵²:

a) El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno.

Queda fuera de discusión la obligación que tienen los Estados de dar efecto al Pacto y en consecuencia, a los derechos contenidos en él, debiendo aportar “todos los medios apropiados” pero dejando cierta flexibilidad, la cual “coexiste con la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”. Además, es de aplicación en este contexto dos principios de derecho internacional⁵³, por los cuales “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, y que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; es por eso que el Comité pone de manifiesto el hecho de que, si no se garantiza el acceso a los tribunales, el resto de mecanismos y recursos pueden quedar vaciados de contenido y valor.

b) La situación del Pacto en el ordenamiento jurídico interno.

Este punto resulta muy importante, ya que el Comité expone que: “las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales”, a lo que añade diciendo que los procedimientos y recursos internacionales deben quedar como complemento de los nacionales. Si bien el PIDESC no estipula - como hemos analizado *supra*- los medios concretos que tienen que adoptar los Estados, y ni siquiera obliga en ninguna de sus disposiciones a que lo incorporen a su legislación nacional, queda patente que “si bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones”, es decir que deben asegurar el

⁵² Dicha observación general consta de 15 puntos, divididos en 4 secciones que van a ser las que seguiremos como estructura para nuestro análisis.

⁵³ Consagrados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, respectivamente.

cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo (a lo que concluye diciendo que lo “si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello”).

c) La función de los recursos legales.

Si bien no se exige siempre un recurso judicial y la posibilidad de un recurso administrativo es en muchas ocasiones una buena opción, resulta conveniente establecer un recurso último de apelación judicial; y en el caso de algunas obligaciones -como la de no discriminación-, “respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales”. Una vez más, si comparamos los derechos sociales respecto a los civiles y políticos, se tiene la idea que para éstos siempre va a haber recursos judiciales, mientras que para los sociales no, “discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto”⁵⁴. En este punto el Comité distingue entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones); y añade que no hay ningún derecho que no tenga una dimensión significativa de justiciabilidad, ya que “la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.

A la misma vez el Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción, quedando dicha decisión normalmente a los tribunales de cada País.

⁵⁴ De hecho el comité ha puesto de manifiesto que muchas aplicaciones del PIDESC son de inmediata aplicabilidad, como por ejemplo: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15.

d) El trato del Pacto en los tribunales internos.

Son los Estado Partes los que tienen que aportar al Comité un informe que contenga información sobre la invocabilidad del PIDESC antes sus tribunales y/o autoridades administrativas (sobre lo cual el Comité ha observado que en la mayoría de casos los tribunales todavía no recurren al texto). Dicho esto, los tribunales “deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”. Por último, hay que tener presente que, en caso de que una norma interna que vaya en contra del Pacto y otra que sea compatible con éste, se obliga a optar por la segunda opción.

Por lo tanto, podemos ver como los estados tienen como primera obligación genérica la de no discriminar, de la cual derivan una serie de medidas que los estados deben respetar, y que -a modo de resumen- pasamos a analizar ahora. Estas obligaciones se plantean respecto de la generalidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y consisten en: (i) Adoptar medidas inmediatas. Se hace referencia a la obligación de los Estados que, una vez ratificado el Pacto, tienen que empezar a implementar acciones destinadas a la consecución de los objetivos y fines del tratado, para así garantizar el contenido del mismo. Esto conlleva también la eliminación de las normas que sean manifiestamente contrarias al tratado o que supongan una vulneración del principio de no discriminación; y no solo, tendrán que llevar a cabo labores de vigilancia para controlar que se respeten los derechos sociales, y labores de planificación para que progresivamente se vaya garantizando su aplicación. La cuestión que genera más controversia (a pesar de que también se trata de una medida inmediata), es pues, lo relativo a la aportación de recursos para llevar a cabo esa implementación, esos “planes de acción”, ya que -como veíamos *supra*- para poder garantizar el contenido de los derechos es necesario otorgar recursos judiciales, indispensables aunque sea en las dimensiones más significativas de dichos derechos (ii) Garantizar los niveles esenciales. Es el punto de partida, ya que resulta evidente que para garantizar los derechos sociales, primero habrá que proteger y dar completa efectividad a sus contenidos esenciales; para

lo cual, la labor interpretativa del Comité ha resultado fundamental, ya que en diversas ocasiones ha ido delimitando en qué consiste ese contenido mínimo⁵⁵ (iii) La progresividad. Son las medidas que tiene que ir tomando el Estado paulatinamente, y cuyo fundamento se encuentra en el art. 2.1 PIDESC, cuando establece que los Estados tendrán que adoptar medidas “para lograr progresivamente” garantizar los derechos (iv) Prohibición de no regresividad. Íntimamente ligada con la anterior, hace referencia al hecho de que los Estados tienen que ir garantizando los derechos sociales de forma progresiva (mejorando en el tiempo su ejercicio, garantías, etc.), pero sin retroceder, es decir, no pueden legislar *in peius* sobre los derechos contenidos en el PIDESC. Como se puede intuir, esta condición resulta en muchos casos difícil de mantener, ya que por mucho que no se quiera empeorar la situación o el nivel de goce de un derecho, a veces las condiciones lo requieren, por lo que el propio pacto prevé que se podrán someter los derechos a limitaciones mediante ley “con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática”, siempre que dichas restricciones y los medios utilizados para ello sean proporcionales, es decir “en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos”⁵⁶.

3.3 Los impedimentos para su exigibilidad

Una vez examinado porque no hay motivos que demuestren que los derechos sociales no pueden ser exigidos ante el poder judicial, y por lo tanto, que sí son realizables, justiciables y exigibles, pasamos a analizar los obstáculos que tradicionalmente han encontrado para acceder a los tribunales.

Uno de los argumentos que se propone para justificar la no exigibilidad de tales derechos es que esto supondría una quiebra de la división de poderes y perjudicaría a la democracia en general, entendiendo el contenido de los derechos y sus garantías jurisdiccionales como un criterio de legitimación (no solo de los derechos sociales, sino de todos en general⁵⁷) como una limitación para el legislador. Es de especial relevancia en el caso de los derechos sociales debido a su indeterminación en el contenido, es decir la abstracción que tienen dichas derechos en los textos normativos (y que suele ser

⁵⁵ A modo ejemplificativo, encontramos el contenido esencial del derecho a la alimentación (Observación General Núm. 12, respecto del art. 11 del Pacto), del derecho a la educación (Observación General Núm. 13, respecto del art.13 del Pacto) o del derecho al nivel más alto posible de salud (Observación General Núm. 14, respecto del art.12 del Pacto).

⁵⁶ Art.4 PIDESC.

⁵⁷ A excepción de unos pocos derechos, que son condición *sine qua non* para el modelo democrático.

característico de los derechos fundamentales, de los derechos humanos, ya que actúan como derechos y como principios inspiradores a la vez). Esto hace que la intervención judicial sea indispensable, condicionando la distribución de recursos, lo cual plantea dos problemáticas-recurrentes frente a los derechos sociales-: una de realización, ya que quedarán relegados a un segundo plano, en función de los demás derechos constitucionales, y otro de legislación, ya que los jueces solo pueden aplicar dichos derechos cuando el legislador haya realizado, en un momento previo, el desarrollo de éstos y cuando haya un incumplimiento por parte de éste o por el gobierno y/o la administración pública; y que para mayor complicación, requerirá que dicho incumplimiento sea alegado a instancia de parte⁵⁸. Fuertemente relacionado con este problema, encontramos la adversidad de la judicatura a tomar decisiones que se puedan clasificar como “políticas”, lo que en el supuesto de los derechos sociales supone muchos casos de incumplimientos por parte del Estado, de su gobierno a la hora de ejecutar políticas públicas o acciones vinculadas con los presupuestos; a lo que se le añade una importante discrecionalidad con la que cuenta la administración pública (que variará de país a país), y la autotutela declarativa y ejecutiva, lo que hace muy difícil “juridificar” una cuestión de la esfera política pública.

Entrando más en lo particular, si revisamos los mecanismos judiciales, podemos ver que no hay cauces propios para los derechos económicos, sociales y culturales, sino que históricamente dichos cauces han sido configurados para la protección de los derechos civiles y políticos. Y esto no solo respecto -como comentábamos- de la disparidad que supone un litigio entre un particular y el Estado, sino que, en caso de resultar condenado, la dificultad que conlleva su ejecución. Más ejemplos claros de esto los vemos en el óbice y esfuerzo, tanto técnico como económico, que conlleva en muchos casos plantear una vulneración de un derecho social cuando ésta tiene incidencia colectiva, o también cuando, en estos casos de vulneración de los derechos sociales, se requiere una rápida reparación a la vez que los tiempos y medios de prueba son numerosos y largos.

Podemos decir que a día de hoy los derechos sociales no cuentan con el desarrollo normativo deseado y menos con las garantías necesarias, muchas veces por falta de

⁵⁸ Barranco Avilés, M^a del C., “Exigibilidad de los derechos sociales y democracia”, en Ribotta, S. y Rosetti, A., (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p.165

agentes poderosos que los hagan valer o a *sensu contrario*, agentes sociales con recursos que impiden su disfrute, o simplemente la falta de transferencia de recursos económicos y materiales para llegar a cabo dichos derechos. Todo esto se plasma en la falta de cumplimiento tanto de obligaciones de respeto, protección y satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁹; siendo por lo tanto imprescindible para su eficacia la adopción de garantías (que se adapten al contexto histórico y económico presente), entendidas como:

“todo obligación correspondiente a un derecho subjetivo⁶⁰, [...] distinguiré, por tanto entre garantías positivas y garantías negativas, según resulte positiva o negativa la expectativa garantizada [...] llamaré garantías primarias o sustanciales a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Llamaré garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias”⁶¹.

3.4 Las vías para su exigibilidad

Para concluir, tras analizar cuáles son las problemáticas a las que enfrentan los derechos sociales para su exigibilidad judicial, vamos a ver cuáles son las estrategias para exigirlos, recogiendo y recapitulando todo lo dicho a lo largo de esta parte sobre la exigibilidad; para ello vamos a distinguir entre dos tipos de exigibilidad ante los tribunales.

3.4.1 La exigibilidad directa

Hace referencia a la posibilidad de alegar ante un juez o tribunal un derecho económico, social y cultural, siendo el objeto del proceso el mismo y fundando su pretensión en el.

⁵⁹Britos, N., “Garantías no institucionales y exigencia de derechos sociales”, en Ribotta, S. (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 193.

⁶⁰ Y entendiendo *derecho subjetivo* como “toda explicación jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.

⁶¹Ferrajoli, L., Garantías, en *Jueces para la democracia* Núm. 38, 2000, p.40.

Se trata de casos en las que el contenido de los derechos políticos es claramente determinable, y por lo tanto será exigible su incumplimiento por parte del Estado ante los tribunales, invocando dicha vulneración. En los casos de las obligaciones de respetar no se plantea mayor problema, ya que son justiciables y consisten principalmente en remover el acto de intromisión que se ha realizado y que ha producido la vulneración. Por lo que respecta a las obligaciones de protección, dado que éstas se derivan generalmente de conductas omisivas, también serán justiciables, ya que -como venimos repitiendo- la no adopción de medidas vulnera el PIDESC y puede ser objeto de reclamación judicial, la cual se dividirá en dos partes: (i) Se confirma que efectivamente la omisión estatal ha violado un derecho social (ii) Se requiere al Estado que realice la conducta debida en primer lugar. Por lo tanto, después de determinar que la actuación o no actuación del Estado ha vulnerado un derecho social, se procederá a fijar cuál es la acción que debe tomar para reparar dicha vulneración o realizar el acto, medida, que había incumplido, y así garantizar y satisfacer el derecho social vulnerado⁶².

3.4.2 La exigibilidad indirecta

Hace referencia a aquellas actuaciones en las cuales se pretende la tutela de un derecho económico, social y cultural, pero se fundamenta en la invocación de un derecho distinto. Esta estrategia queda relegada a un segundo momento, cuando la exigibilidad directa no es posible.

En este contexto⁶³, cabe recordar que la igualdad es el fundamento para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y que fue tradicionalmente usada como el instrumento para reclamar los derechos sociales en los litigios. Cabe distinguir entre una igualdad formal, es decir la imparcialidad del Estado, que se postula en mero garante de la consagración legal de dicho derecho; para en un segundo momento, al adquirir más contenido y efectividad, convertirse en igualdad ante la ley (igualdad formal o de trato), lo cual limita a los poderes públicos a la hora de aplicar la ley, e igualdad en la ley, entendido como el control de la producción legislativa a la vez que se

⁶²Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2000, pp.132-168.

⁶³ También hay que tener presente el ya citado art.2.2 PIDESC, que consagra el principio de no discriminación y que ha permitido reclamar ante tribunales la vulneración de derechos sociales ante el trato discriminatorio por parte del Estado en el ejercicio de sus obligaciones.

permite un tratamiento distinto para situaciones diferentes⁶⁴. Por último, tenemos la igual material o real, entendida como aquella igualdad tanto en el trato como en los resultados, y cuyo ámbito se extenderá a los derechos sociales.

Otras de las vías que se han utilizado para tutelar los derechos sociales es mediante el empleo de un instrumento procedimental, que se basa en el principio de las garantías mínimas que tiene que disponer cada individuo (para que el proceso sea justo), y que es la noción de “debido proceso”. Éste puede articularse mediante una denuncia de omisión por parte del Estado al garantizar el acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva o de no proveer suficientes recursos judiciales; siendo un caso muy ilustrativo el de la asistencia jurídica gratuita en el caso de una persona que no puede costear un procedimiento judicial por falta de recursos. El principio de legalidad, al requerir para su efectividad de unas condiciones formales indispensables, resulta una variante para la tutela de los derechos sociales usando esta noción de debido proceso; en particular, serán las exigencias de notificación previa por parte de la administración, el derecho a ser oído o la ley previa en sentido formal, las que permitan acceder a los tribunales usando dicho principio. También ha resultado ser una buena vía de exigibilidad indirecta la vulneración de derechos civiles y políticos, dado a su alta interdependencia con los sociales, en muchas ocasiones la vulneración de unos implica también la de los otros, y viceversa, quedando en varias ocasiones tutelados por ambos derechos. Esto no solo sucede con los derechos civiles y políticos, también se puede dar el caso con otros derechos, incluso con los propios derechos sociales, es decir, una vulneración al derecho medioambiental puede quedar tutelado por el derecho al trabajo en determinadas circunstancias⁶⁵. Por último, tenemos la vía del reclamo de información sobre los derechos sociales, ya que ésta es el presupuesto previo al ejercicio de cualquier derecho y sirve como instrumento para el ejercicio de otros derechos; como en muchas ocasiones el contenido de los derechos sociales está supeditado a la definición previa de

⁶⁴ Bengochea Gil, M^a A., “La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales”, en Ribotta, S. (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p.238.

⁶⁵ Es por eso que muchos autores hablan de derechos sociales “fuertes” y “debilitados”, ya que tradicionalmente ha habido derechos mucho más regulados y tutelados, con una jurisprudencia que facilita su invocación en los tribunales; y de lo cual se pueden aprovechar los derechos sociales más “debilitados”.

la acción que tiene que asumir el Estado, y si no se reclama esa información previamente, resultará imposible conocer el contenido⁶⁶.

⁶⁶Abramovich, V. y Courtis, C., *Op. Cit.*, pp. 168-248.

4. CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA

En este apartado vamos a examinar la configuración de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español, haciendo especial hincapié en el texto constitucional, a la vez que se podrá observar cómo opera en dicho contexto su exigibilidad y las distinciones con los derechos civiles y políticos, plasmando por lo tanto lo expuesto en los puntos anteriores. Como decíamos, la constitucionalización de los derechos sociales⁶⁷ llega de la mano del llamado Estado social de derecho⁶⁸, el cual nace como contraposición al modelo de Estado liberal, cuestionando el carácter ilimitado de la propiedad privada, y que toma como características principales la limitación, intervención y asistencia por parte del Estado en ciertas áreas de mayor “sensibilidad”, como puede ser en materia laboral. De todas formas, no será hasta la extensión del Estado de Bienestar cuando habrá una mayor consolidación de los derechos sociales, y en el caso español, su introducción llega con la Constitución de 1978 (“CE”, en adelante); siendo el ejemplo más evidente (de la llegada del Estado social de derecho) la proclamación, en el artículo 1, del Estado español como un “Estado social y democrático de Derecho”. Además, también encontramos la función de intervención que se le otorga al Estado en el Título Preliminar, al corresponder a los poderes públicos el promover las condiciones necesarias para garantizar la libertad e igualdad del individuo, y “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”⁶⁹. Por lo tanto, la estructura de los derechos sociales comprende diversos capítulos del texto constitucional, siendo el Capítulo III del Título I donde se recogen muchos de ellos. Es precisamente este capítulo “de los principios rectores de la política social y económica” el que mayor intervención y desarrollo legislativo por parte del Estado va a requerir -para poder alcanzar las funciones intrínsecas de los derechos sociales- como son, entre otras: fomentar el acceso a la

⁶⁷ Para mayor concreción de la positivización de los derechos sociales en los textos fundamentales, se suele tomar -como primeros ejemplos de ello- a la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919.

⁶⁸ En particular, el primer texto constitucional en adoptar la expresión de Estado de derecho social (*Sozialstaatsprinzip*, en alemán) fue la Constitución de la República Federal de Alemania de Mayo de 1949, y en cuyo artículo 20.1 de la llamada “Ley fundamental de Bonn” se puede leer: “*La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social*”. A pesar de que en dicha Constitución no se recogía ningún derecho individual que permitiese una exigencia en concreto, se trataba de un principio programático que capacitaba a los poderes públicos para asumir las obligaciones de protección social.

⁶⁹ Art. 9.2 de la Constitución Española de 1978.

cultura, enseñanza y participación social, el proporcionar un mínimo esencial para la persona o el desarrollo de la igualdad y la libertad del ser humano.

4.1 Protección y garantías en la constitución

Para analizar la disposición de los derechos sociales en la CE, se suelen clasificar en tres categorías diferentes, atendiendo al grado de protección y de eficacia que se les otorga:

1. Máxima protección. Corresponden a los pertenecientes al bloque de derechos fundamentales, en particular encontramos: el derecho a la educación (art. 27.4 CE), el derecho sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la huelga (art. 28.2 CE). Las garantías de estos derechos consisten en aquellas que le otorga el art.53 CE, de manera resumida, el respeto por su contenido mínimo y el acceso al Tribunal Constitucional (“TC”, en adelante) a través del recurso de amparo; además de tratarse de materia reservada para su desarrollo mediante ley orgánica y que necesita del proceso de reforma agravado para su modificación (art. 81.1 y 168 CE, respectivamente).

2. Protección ordinaria. En este caso los derechos requieren de la reforma ordinaria para su modificación, se desarrollan mediante ley ordinaria y cuentan con el respeto de su contenido mínimo (tal y como lo prevé el art. 53.1 CE). Se trata del derecho al trabajo (art. 35 CE) y del derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE).

3. Protección mínima. En este caso, los derechos solo gozarán de protección en cuanto podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria conforme dispongan sus leyes de desarrollo. Se trata, por ejemplo, del caso de la seguridad social (art. 41 CE), del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), del acceso a la cultura (art. 44.1 CE), del derecho al medio ambiente (art. 45 CE) o el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE).

Si bien el valor normativo de los preceptos sociales no es cuestión de objeto, cabe señalar brevemente -dado el continuo cuestionamiento de su eficacia jurídica concreta en cuanto se encuentran configurados como normas programáticas- que toda la CE en sí tiene valor normativo, por lo que también lo tendrán los derechos consagrados en ella. De la misma manera, ya en una primera lectura podemos ver cómo -tal y como pone de

manifiesto Luis Ignacio Gordillo- en lo que respecta a los derechos de los trabajadores aparece una incongruencia, y es que la negociación colectiva no puede separarse de la libertad sindical, quedando fuera de los derechos. Para paliar dicha disociación, el constituyente ha entendido que “el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores se predicen las mismas cualidades que de la libertad sindical en que se haya embebida y con la que forma bloque”⁷⁰. También se puede observar que el legislador incluye, como norma general, a los derechos sociales como principios rectores de la política social y económica, con excepción de los pocos ya mencionados como derechos fundamentales; dicha localización tiene mucha importancia desde el punto de vista formal, de cara al art.53 CE, como veremos más adelante. A pesar de esto, los derechos sociales, al no ser meros enunciados programáticos, sino unos derechos *per se* y por lo tanto verdaderas cláusulas normativas cuyo contenido es exigible, que gozan de la protección del TC incluso aquellos derechos que no pertenecen a la categoría de los fundamentales y por lo tanto no tienen acceso al recurso de amparo. En dichos casos se tendrá acceso, como mencionábamos al estudiar la exigibilidad de los derechos sociales en general, tanto por vía directa como indirecta, que en el caso del ordenamiento español se traduce en acceso al TC en lo que respecta a su regulación legal y, en caso de que la vulneración de un derecho social conlleve la infracción de algún derecho fundamental, también accederán al recurso de amparo (situación que suele darse con frecuencia respecto del principio de igualdad o de la tutela judicial efectiva)⁷¹.

Me parece importante hacer una precisión sobre la distinción que se hace entre los derechos fundamentales respecto de los demás derechos constitucionales (que en el caso de los derechos sociales están comprendidos la educación, huelga y libertad sindical), ya que indudablemente la voluntad del constituyente es la de brindar una protección y garantías cualificadas para este grupo de derechos, pero al mismo tiempo hay que tener en cuenta que -para construir el Estado social y democrático de derecho- precisamente los derechos sociales juegan un papel básico en ello, y que sirven como presupuesto fundamental para el desarrollo de la dignidad y libertad de la persona; por todo ello,

⁷⁰ Gordillo Pérez, L. I., “Derechos Sociales y Austeridad”, en *Lex social: revista de los derechos sociales*, Núm. 1, 2014, p. 44.

⁷¹ Si bien no se admite el acceso al TC para el control de inconstitucionalidad en casos de omisiones legislativas de los principios rectores de la política social y económica, el propio Tribunal ha remarcado en numerosas ocasiones la posibilidad de control cuando dicha omisión afecte a los derechos fundamentales; tal y como se puede observar en repetida jurisprudencia relacionada con la vulneración del principio de igualdad: STC 45/1989, y relativo a los puntos de conexión entre ambos derechos, STC 155/1987 y STC 209/1988.

cabe la posibilidad de plantear el hecho que “el carácter fundamental de un derecho debe venir marcado, más que por su ubicación dentro del texto constitucional, por la importancia de los bienes que protege y por su conexión con el concepto de dignidad humana”⁷². De hecho, parece complicado desvincular los derechos económicos, sociales y culturales de los valores fundamentales que comentábamos de la dignidad humana o la idea de libertad, o incluso de la igualdad -tanto material como formal- que el constituyente ha recogido en los arts. 9.2 y 14 CE, respectivamente. Esta percepción (injustificada, tanto desde el punto de vista teórico como dogmático) de los derechos sociales como no fundamentales se puede ver claramente en la práctica judicial, como es el caso del uso del art. 10.2 CE⁷³, por el cual se pueden invocar tratados y pactos internacionales y que ha sido mucho más aplicado en casos de tratados y acuerdos vinculados con derechos civiles y políticos (como puede ser el PIDCP) que con derechos sociales (como podría ser el PIDESC).

A modo de resumen, antes de pasar al análisis del art. 53 CE, podemos concluir que la configuración de los derechos sociales en sus concreciones constitucionales se dividen en diferentes niveles: (i) Aquellos derechos sociales contenidos en la Sección 1ª, Capítulo Segundo del Título I “De los derechos fundamentales y las libertades públicas” (ii) Los derechos sociales recogidos en la Sección 2ª, Capítulo Segundo del Título I “De los derechos y deberes de los ciudadanos” (iii) Los mandatos y directrices a los poderes públicos en materia social, previstos en el Capítulo Tercero del Título I “De los principios rectores de la política social y económica” (iv) Un marco general previsto para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, que esencialmente es el conjunto de normas del Título VII “Economía y Hacienda”.

4.2 El problema entorno al art.53 CE

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, varios de los argumentos que se suelen emplear a la hora de categorizar los derechos sociales como unos derechos de segundo grado o con carácter programático, cuya realización está supeditada a su desarrollo económico, es precisamente su exigibilidad; por lo que resulta indispensable

⁷² Herreros López, J. M., “La justiciabilidad de los derechos sociales”, *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2011, p.83.

⁷³ En particular, el artículo dice así: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

estudiar las garantías que se les conceden y su exigibilidad ante los tribunales, siendo el art. 53 el central, que pasamos a transcribir:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. 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”.

Lo primero que se deduce de la lectura de los tres párrafos es que el constituyente habría establecido diferentes grados de protección (incluso a modo de jerarquía), dependiendo del acceso a la tutela jurisdiccional, siendo la plena invocabilidad la prevista en el punto segundo para los derechos fundamentales, al gozar de la vía específica de un recurso preferente y sumario y de la posibilidad de acceder vía recurso de amparo frente al TC. Es evidente que el texto constitucional reserva para esos derechos (entre los cuales tampoco hay que olvidar que se encuentran algunos de los sociales) una posición en el ordenamiento jurídico de máxima protección, siendo reflejo de ello el mecanismo especial que supone los recursos del art. 53.2 CE; lo cual no tiene que significar que sean exclusivos⁷⁴, ya que -como veremos *infra*- podrán acceder a dicha vía otros derechos económicos, sociales y culturales que *a priori* no tienen acceso a ello, siempre y cuando su vulneración tenga conexión con los arts. 14-29 CE.

⁷⁴ Basta pensar, tal y como comentábamos en el punto anterior, que la doctrina y jurisprudencia constitucional han admitido la inclusión de ciertos derechos no susceptibles de amparo pero con una fuerte conexión, como el derecho a la negociación colectiva, al quedar bajo las garantías de la libertad sindical.

En relación con el punto primero del artículo, podemos ver como se pone de relieve dos aspectos esenciales de los derechos sociales, tanto en sus garantías como en su invocabilidad ante los tribunales, y no es otro que además de “vincular a todos los poderes públicos” también se tendrá “que respetar su contenido esencial”. Si bien la tarea de identificación de ese núcleo o contenido esencial puede resultar laborioso, dependerá primordialmente en la configuración dogmática que se le dé en concreto; siendo las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más prolíferas en el caso de derechos civiles y políticos que en materia de derechos sociales. Dicho esto, no cabe pensar que en el supuesto de los derechos civiles y políticos su exigibilidad sea directa mientras que para los derechos sociales el acceso a los tribunales sea indirecto o que esté condicionado a un desarrollo legislativo previo, ya que como comentábamos, a pesar de la dificultad de definir el contenido mínimo de esos derechos, éstos siguen teniendo ese contenido determinado y en caso de que no lo estuviera sería determinable. Otra de las problemáticas que hacen esta laborar interpretativa más ardua es la indeterminación conceptual que presentan los derechos sociales, es decir, la terminología empleada en la redacción de muchos de dichos derechos es bastante abierta e indeterminada, siendo ejemplos clarísimos de ello las expresiones empleadas tales como “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” (art. 41 CE) o de “medioambiente adecuado”, “vivienda digna y adecuada” (arts. 45 y 47 CE). A pesar de todo lo comentado y de que no se esgrime *a priori* ninguna razón por la cual la tutela jurisdiccional de los derechos sociales tuviese que ser distinta a la de los derechos civiles y políticos, parece que el reclamar una mayor labor de interpretación y aplicación⁷⁵ por parte de los tribunales supondría dotar de excesivas potestades a los jueces (o incluso traspasar la división de poderes) en materias de carácter político y económico. Y es que no se está defendiendo que sea el poder judicial el que desarrolle la política social o una mayor tutela de los derechos sociales, lo que supondría una restricción al principio democrático, sino reconocer que esos derechos “de manera indivisible e interdependiente, son la condición material indispensable para la operatividad del principio democrático y para su profundización en el tiempo”; ya que cabe recordar que -al consagrar un derecho en la Constitución- ello presupone el “reconocimiento de una esfera de indisponibilidad material para los poderes públicos,

⁷⁵ Sin perder tampoco de vista la presencia de derechos fundamentales y de procesos de garantía cualificados, que prevé el propio ordenamiento jurídico, tanto en normas como los propios tribunales (como es el claro ejemplo del art. 53 CE).

que no pueden dejar de actuar si con ello vulneran el contenido del derecho establecido [...]”⁷⁶.

En cuanto al tercer párrafo del artículo, éste tampoco se encuentra exento de controversia sino todo lo contrario, dado que hace referencia en particular a los principios rectores de la política social y económica (el mencionado Capítulo III, arts. 39-52 CE). En dicho punto se afirma que serán los derechos sociales los que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, a lo que añade “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Bien, a primera vista da la sensación de que se trate de derechos con carácter informativo y dependientes de desarrollo legislativo, ya que solo podrán acceder a la tutela jurisdiccional y ser invocados si previamente hay una ley que los desarrolle, al contrario de lo que sucede con los derechos civiles y políticos. El hecho de que los derechos sociales no dispongan de esa tutela jurisdiccional, no significa que no puedan acceder a ella mediante otras vías ni mucho menos que no tengan mecanismos para hacer valer su contenido y eficacia; para ello primero hay que hacer una breve distinción, dado que no es lo mismo un derecho que la garantía de éste, lo cual permite separar la existencia normativa de un derecho de su realización, de su eficacia⁷⁷. Dentro de las garantías (que como vimos se pueden clasificar siguiendo diferentes criterios, como la diferenciación entre garantías primarias y secundarias), se enmarca un conjunto de instrumentos normativos consistentes en deberes, inmunidades, poderes, acciones procesales, etc., cuya finalidad es la de proteger o tutelar un derecho, y por lo tanto su justificación radica en los propios derechos. Además, la existencia de la previsión de dichas garantías demuestra que los derechos tienen un contenido, ya que para que dichas garantías se puedan ejercitar tiene que haber un contenido o un núcleo que proteger. Y es que, como veníamos diciendo, por muy condicionados que estén a su desarrollo legislativo, los derechos sociales por el mero hecho de estar consagrados en la Constitución, tendrán

⁷⁶ Pisarello, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”, *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 34, 2009, pp. 158-159.

⁷⁷ Esto hace que haya quien argumente que la tutela jurisdiccional es precisamente la garantía fundamental o el requisito esencial para que una norma, un derecho, obtenga la verdadera consideración de derecho.

ese contenido esencial o “núcleo duro”, que será deducible *ex constitutione* y que condiciona la actuación del legislador⁷⁸.

Directamente relacionado con esta problemática, encontramos también el hecho de que el constituyente haga referencia a principios en vez de derechos se puede entender que se trata de mandatos al legislador, de derechos subjetivos, sin un contenido jurídico específico; lo que una vez más, lleva a pensar en ellos como meros derechos de configuración legislativa⁷⁹. Resulta evidente que -en parte- son derechos que dependen de su configuración legislativa para su concreción, como sucede con todos los derechos, lo cual no significa que no puedan ser alegados frente a los tribunales, ya que cualquier principio tiene carácter vinculante (basta pensar en la atribución que la Constitución se otorga en el art. 9.1 CE⁸⁰) y podrá ser alegado ante los tribunales, para lo que habrá que hacerlo respetando las leyes de desarrollo. Llegados a este punto, está claro que si hay mucha legislación de desarrollo y concreción del contenido del derecho, su invocación ante los tribunales será más sencilla, por lo que la pregunta más consecuente es ver lo que pasa en el supuesto de que no exista ninguna legislación de desarrollo⁸¹ o que el derecho en cuestión presente una alta vinculación con las circunstancias económicas. Pues bien, una vez más, vemos como su contenido será justiciable mediante su alegación en relación con uno de los derechos fundamentales (y por lo tanto no solo susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, sino también de amparo), en el supuesto de que su vulneración guarde relación con dichos derechos, y también -en todo caso-, se aplicará la interpretación de ese contenido esencial o mínimo, indisponible para los poderes públicos y que tiene cualquier derecho constitucional por el mero hecho de serlo, asegurando así su normatividad.

⁷⁸ Cfr. Sastre Ariza, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de estudios políticos*, núm. 112, 2001, pp. 263-270.

⁷⁹ Para entender más sobre el valor jurídico de dichos principios, además de las precisiones que se exponen más adelante hay que ver cómo la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo en la STC 19/1982, pone de relieve que: “los principios rectores no son normas sin contenido [...] [sino que el artículo 53.3 CE] obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”.

⁸⁰ “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

⁸¹ Situación por otro lado muy improbable, dado que en mayor o menor medida, tanto el desarrollo normativo como el trabajo jurisprudencial y doctrinal de los preceptos constitucionales es muy abundante.

4.3 Análisis comparado: casos concretos sobre el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda

Para poder ejemplificar mejor todo lo dicho hasta ahora, es interesante ver cómo actúan en la práctica los derechos sociales a la hora de su exigibilidad y justiciabilidad. Para ello vamos a ver la interpretación del Tribunal Constitucional respecto del contenido y de la tutela jurisdiccional (i) del derecho a la educación del art. 27 CE, y por lo tanto dentro de los derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo (ii) del derecho al trabajo del art. 35 CE, el cual no queda amparado por el art. 53.2 CE pero sí por el recurso de inconstitucionalidad, tal y como se prevé en el art. 53.1 y 161.1 a) CE (iii) del derecho a la vivienda digna y adecuada del art. 47 CE, enmarcado dentro de los principios rectores, por lo que no goza de ninguna de las garantías antes citadas para los otros derecho, sino las del art. 53.3 CE.

En general, hemos visto como el propio sistema de fuentes de los derechos sociales prevé una regulación normativa en distintos niveles, pudiendo en ocasiones ligarse con otros derechos subjetivos, con otro derecho social o con un principio jurídico que vincule al legislador; quedando el TC como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales⁸², y por lo tanto de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. La sujeción al TC es muy relevante, dado que dicho tribunal no queda incluido dentro de la jurisdicción ordinaria, pudiendo así someter a control a la jurisdicción ordinaria en materia de derechos fundamentales (principalmente mediante el recurso de amparo) y controlar la legalidad y conformidad de las normas respecto del ordenamiento jurídico (como puede darse mediante el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad). Por lo tanto, la función del TC no es de control de la corrección o no del Juzgador, es decir, no es una nueva instancia revisora ni casacional, sino que - como decíamos- se configura como garante constitucional, de legalidad y como máximo intérprete de la CE. Además, a la hora de aplicar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE para enjuiciar las vulneraciones de los derechos de alcance constitucional, el TC recurre al test de razonabilidad, el cual se fundamenta en los siguientes criterios: la congruencia entre las pretensiones y causas de pedir, la

⁸² Dicha garantía viene recogida en el art. 123.1 CE, al decir que: “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

motivación de la respuesta judicial, la razonabilidad y la ausencia de error patente⁸³. Para ver como se plasman estos criterios generales y como se aplica la tutela de los derechos sociales en la *praxis* judicial, vamos a pasar a analizar los casos concretos que comentábamos al principio.

- El derecho a la educación (art. 27 CE⁸⁴)

Enmarcado dentro de los derechos fundamentales de los arts. 14-29 CE, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza tiene que ser desarrollado (como el resto) mediante Ley Orgánica, por lo que, es muy extensa la jurisprudencia del TC recordando la necesidad de reserva de ley que tienen dichos derechos; un ejemplo claro lo encontramos -ya desde los primeros años de la CE- en la remisión que hacía la ya derogada LOECE a un reglamento para regular la intervención y participación de profesores, padres y alumnos en la gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE), que fue declarado inconstitucional (STC 5/1981), en cuanto no se cubrían las exigencias de reserva legal. En cuanto a su protección, podemos ver en numerosas sentencias del TC como se puede invocar su contenido y queda garantizado mediante el recurso de amparo (del ya famoso art. 53.2 CE), como puede ser el caso de la STC 74/2018 en la que se otorgó el amparo constitucional fundamentándose en la libertad de enseñanza de los padres (art. 27.1 CE) y, en particular, su derecho fundamental a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos (art. 27.3 CE); ya que ésta había sido vulnerada cuando la administración autonómica de Cantabria mediante unas resoluciones denegó el acceso y renovación del régimen de

⁸³ Sánchez Pérez, J., “La tutela de los derechos sociales a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Garrido Pérez, E., (coord.) *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. Comunicaciones XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2013, p.299.

⁸⁴ En dicho artículo se abarcan numerosos aspectos sobre el derecho a la educación y de la libertad de enseñanza, en particular, dice así: “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”

concierto del colegio, basándose exclusivamente en la opción pedagógica escogida por dicho centro.

- El derecho al trabajo (art. 35.1 CE⁸⁵⁸⁶)

En este caso nos encontramos con un derecho cuyas garantías quedan recogidas principalmente por el art. 53.1 CE, aunque, como venimos diciendo, la tutela judicial de los derechos sociales puede ser más amplia y abarcar otras vías de justiciabilidad. Un ejemplo claro es la STC 192/2003, en la que se plantea un recurso de amparo por la vulneración del derecho al trabajo en relación a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (y por tanto susceptible de dicho recurso). En sentencia se hace mención al despido de un trabajador debido a que había transgredido la buena fe contractual al trabajar para un tercero durante sus vacaciones, ante esto el TC consideró que el despido producido no es acorde con la libertad y dignidad de la persona, ni con el respeto a su vida privada. Otro ejemplo claro de cómo el derecho al trabajo puede tener acceso al amparo constitucional lo encontramos en casos de no discriminación por razón de sexo en despidos de mujeres embarazadas (como en las STC 92/2008 y 124/2009): una vez más vemos en la jurisprudencia del TC como el legislador ha optado por un desarrollo concreto del artículo 14 CE⁸⁷, que incrementa las garantías de otros derechos al conectarlas con la tutela reforzada de un derecho fundamental, no pudiendo el órgano judicial efectuar “una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador”⁸⁸.

- Derecho a la vivienda (art. 47 CE⁸⁹)

Por último, planteamos el caso de un derecho social perteneciente al grupo de los principios rectores, por lo que su principal garantía es la prevista en el art. 53.3 CE; y

⁸⁵ Dicho artículo dice así: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”

⁸⁶ Para el análisis de dicho derecho seguiremos la jurisprudencia propuesta por Sánchez Pérez, J. *cit.*

⁸⁷ Podemos apreciar como la fórmula usada para tutelar los derechos es la misma que en el caso anterior, al relacionar una vulneración de un derecho social con el derecho a la tutela judicial efectiva, pero como en la práctica judicial es más común que los derechos sociales se relacionen con el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

⁸⁸ FJ 9 de la STC 92/2008

⁸⁹ Dicho artículo dice así: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

sigue siendo aplicable lo que hemos visto con el resto de derechos sociales respecto al hecho de que siempre se podrán alegar ante los tribunales cuando su vulneración esté relacionada con algún otro derecho, además - de lo que analizábamos anteriormente- de que en todo caso se podrá y deberá garantizar el contenido esencial de dichos derechos. A pesar de que el derecho a la vivienda necesita legislación de desarrollo y no goza de una protección cualificada, se puede observar que ha podido ser alegada en recurso de amparo, en la STC 188/2013, en relación a una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (aunque en dicho caso se centraba primordialmente en la vulneración de este último derecho y el tribunal no apreció que se diese). Sí que encontramos más jurisprudencia respecto al uso del recurso de inconstitucionalidad para alegar y tutelar el derecho a la vivienda, para ello vamos a hacer especial mención a las STC 16/2018 y STC 32/2018, relativas a las competencias sobre ordenación general de la economía, vivienda y crédito, y sobre ordenación general de la economía, condiciones básicas de igualdad, derecho civil y vivienda, respectivamente.

En la primera sentencia el tribunal declara la nulidad de algunos preceptos de la Ley Foral 24/2013, de 22 de febrero, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, relativa a la expropiación del uso de la vivienda y que regula una expropiación de uso de vivienda que menoscaba las competencias estatales. Cabe hacer especial mención al Fundamento Jurídico 4, cuando pone de manifiesto que “en razón de la ubicación del artículo 47 CE, el derecho a una vivienda digna no es un derecho fundamental sino un principio rector, pero al mismo tiempo advierte que estos no son meras declaraciones de propósitos sino verdaderas proposiciones vinculantes (STC 233/2007, de 5 de noviembre), habiendo el Alto Tribunal dado virtualidad a este concreto principio rector en las SSTC 158/1993, de 6 de mayo, FJ 3 b), y 89/1994, de 17 de marzo, FJ 5. Afirma, además, que, de acuerdo al artículo 10.2 CE, este Tribunal ha de tener presente que la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 7 y 34.3) reconocen este derecho y otros de los que este es instrumental”. Ese párrafo es una magnífica ejemplificación y resumen de todo lo que venimos diciendo sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales y su configuración constitucional.

En la segunda sentencia, se sigue la doctrina marcada por la sentencia anterior y por la STC 93/2015, aunque en este caso se declara la nulidad de algunos preceptos de la Ley

del Parlamento de Andalucía 4/2013, relativa a la expropiación del uso de la vivienda y hace una interpretación conforme al deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación. En la exposición motivos de dicha ley, ya nos dice que se adopta “en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida”.

5. RETOS Y CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo hemos podido identificar las diferencias y similitudes que presentan los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, dado que dicha distinción y categorización ha servido para intentar relegar a los derechos sociales a una posición de condicionalidad, como derechos de “segunda categoría”, cuya realización queda sujeta a la política económica. Y es precisamente esta lectura que tradicionalmente se le ha dado a los derechos civiles y políticos, como obligaciones de no hacer por parte del Estado, asociándolo al valor de la libertad, mientras que los derechos sociales conllevarían unas obligaciones de intervención por parte del Estado, asociándose con en este caso con el valor de la igualdad. Tanto ese carácter prestacional que se quiere atribuir, como la idea de que los derechos civiles y políticos son “fundamentales” -quedando los derechos sociales en un segundo plano a merced del desarrollo legislativo y de las políticas sociales- son erróneas y requieren una revisión, ya que el contenido de los derechos y los valores que hay detrás de ellos, tales como la igualdad o dignidad, son compatibles y deben garantizarse para poder ejercer las libertades consagradas en los derechos civiles y políticos; basta pensar que para que un ser humano pueda desarrollarse completamente necesita que le sean garantizadas unas condiciones básicas como la educación, salud, vivienda, etc.

Sin duda se ha visto como esa clase de argumentos en contra de los derechos sociales tienen que ser matizados, sin negar tampoco el proceso histórico que ha llevado a la creación y positivización de unos y otros derechos, ya que cada uno responde a un paradigma distinto marcado por su contexto histórico. Por un lado tenemos los derechos civiles y políticos, que son la construcción jurídica que - durante los siglos XVIII y XIX- se le da al modelo liberal, de mercado, y por el otro, los derechos sociales, que nace en parte como contestación al modelo anterior -durante el siglo XX en Europa- y estrechamente ligado con el derecho de los trabajadores.

La parte más complicada la encontramos a la hora de su justiciabilidad, dado que una vez más, se tiende a pensar que el grado de exigibilidad judicial de los derechos sociales es inferior al de los derechos civiles y políticos. Antes que nada, hay que dejar clara la diferencia entre los derechos y las garantías de éstos, dado el hecho de que en muchas ocasiones la carencia o mayor dificultad a la hora de acceder a la tutela jurisdiccional no significa que se pueda privar o dejar sin contenido a los derechos sociales; todos los

derechos, tanto sociales como civiles y políticos, son interdependientes e indivisibles, cuyo contenido es susceptible de tutela jurisdiccional aunque las vías y mecanismos de acceso a ésta puedan variar de unos a otros. Y es precisamente este hecho el que ha llevado a la justiciabilidad de los derechos sociales a pasar -de facto- por diversas vías, a pesar de su carácter prescriptivo; en ello han jugado un papel muy importante los tribunales o el propio TC (en el caso español), ya que todos los derechos presentan algún contenido, o implican alguna obligación, que será objeto de tutela judicial y por lo tanto invocable ante los tribunales. Todo ello a pesar de que las normativas en materia de derechos sociales, tanto a nivel internacional como constitucional, se da en forma de preceptos, principios, objetivos o finalidades de la actuación y políticas del poder público que requieren de una posterior legislación de desarrollo, lo cual ha llevado a decir de que no se tratan de verdaderos derechos exigibles, pero como hemos visto, se tratan de verdaderos derechos cuyo contenido está garantizado tanto en los tribunales ordinarios como en el propio TC, ya sea de manera directa o cuando su vulneración haya tenido relación con otros derechos.

No cabe duda que el papel que -pueden y han jugado- los jueces a la hora de tutelar los derechos sociales es muy relevante, evidentemente con los límites que suponen la separación de poderes y sin entrar a diseñar la política económica y social, lo cual pone de manifiesto la necesidad de crear nuevos mecanismos de tutela y de emplear muchos de los instrumentos que se encuentran infrautilizados, tanto a nivel nacional como supranacional. De hecho, el margen de desarrollo y mejora que se presenta en materia social es muy amplio, ya que como se ha ido viendo, la doctrina de los derechos sociales todavía depende mucho de los poderes públicos y del poder económico, de los mercados, presentando una fuerte dependencia con el Estado de Bienestar: en cuanto se degrada éste, se pierden derechos sociales, efecto que además se amplía debido a la globalización. Y es esta debilidad la que hace que en momentos de crisis -como la financiera de 2008-, en las que se implementan medidas de austeridad, cuando más se ven dañadas las políticas sociales; para poder evitarlo, aunque al mismo tiempo sea comprensible y natural ese retroceso, ya que en momentos de dificultad como esos todos los ámbitos se ven afectados, creo que habría que revisar el modelo social desde un punto de vista económico (y combinarlo con otras disciplinas como la política o la sociología) para incorporar una mayor prevención y practicidad a la hora de redactar el modelo social, a la vez que en un segundo momento se establezcan mecanismos de

control para asegurar un correcto funcionamiento de la administración de los recursos destinados.

Finalmente, si bien todavía es pronto y hasta que no acabe será difícil sacar conclusiones, cabe mencionar la situación que estamos viviendo a raíz de la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, dado que es una situación totalmente nueva que supondrá muchos retos y cambios en materia de derechos sociales. La crisis sanitaria y económica que estamos viviendo, es otro ejemplo a lo que veníamos comentando en el punto anterior, con sus particularidades, ya que en España por ejemplo, hemos visto una restricción y suspensión de derechos fundamentales (tanto sociales como civiles y políticos) sin precedentes. También hemos vivido una serie de medidas y decisiones totalmente únicas, en especial en materia económica, ya que los gobiernos y bancos centrales de todo el mundo han puesto en marcha una política monetaria ultraexpansiva, acompañada de todo tipo de ayudas para paliar los daños. Solo dentro de un tiempo podremos ver y evaluar este episodio, pero sin duda se trata de un momento de fuertes convulsiones y cambios que se plasmarán a nivel social y de derechos sociales, para lo cual me gustaría concluir con una cita del filósofo francés Jean-Paul Sartre que creo que es muy apropiada para la situación que estamos viviendo y que concentra lo que debería ser el espíritu del futuro de los derechos sociales:

“El compromiso es un acto, no una palabra”

6. BIBLIOGRAFÍA

➤ Textos Normativos

Constitución Española de 1978

Constitución francesa de 1791, fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de 1789 y aceptada por Luis XVI

Constitución francesa de 1793, redactada por la Convención Nacional y aprobada el 24 de junio de 1793

Constitución francesa de 1848

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969 y entrada en vigencia el 27 de enero de 1980. Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París

La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania es el nombre que recibe la Constitución de la República Federal de Alemania. Fue aprobada el 8 de mayo de 1949 en la ciudad de Bonn, firmada por los Aliados occidentales el 12 de mayo y finalmente promulgada el 23 de mayo de 1949

➤ Jurisprudencia

Observación General Número 9: la aplicación interna del Pacto, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Sentencia 19/1982, de 5 de mayo (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982)
ECLI:ES:TC:1982:19

Sentencia 124/2009, de 18 de mayo (BOE núm. 149, de 20 de junio de 2009)
ECLI:ES:TC:2009:124

Sentencia 155/1987, de 14 de octubre (BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1987)
ECLI:ES:TC:1987:155

Sentencia 16/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018)
ECLI:ES:TC:2018:16

Sentencia 188/2013, de 4 de noviembre (BOE núm. 290, de 04 de diciembre de 2013)
ECLI:ES:TC:2013:188

Sentencia 192/2003, de 27 de octubre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003)
ECLI:ES:TC:2003:192

Sentencia 209/1988, de 10 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1988)
ECLI:ES:TC:1988:209

Sentencia 32/2018, de 12 de abril (BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018)
ECLI:ES:TC:2018:32

Sentencia 45/1989, de 20 de febrero (BOE núm. 52, de 02 de marzo de 1989)
ECLI:ES:TC:1989:45

Sentencia 5/1981, de 13 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981)
ECLI:ES:TC:1981:5

Sentencia 74/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189, de 06 de agosto de 2018)
ECLI:ES:TC:2018:74

Sentencia 92/2008, de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008)
ECLI:ES:TC:2008:92

➤ Obras Doctrinales

Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

Ansuátegui Roig, F. J., “Estado de derecho, Estado constitucional y derechos fundamentales en el siglo XX. Los diferentes modelos”, en Peces-Barba Martínez, G., Fernández García, E., De Asís, R., Ansuátegui, F. J., y Fernández Liesa, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo IV, Volumen IV, Dykinson, Madrid, 2014, pp.447-488.

Añón, J. M., “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002.

Barranco Avilés, M^a del C., “Exigibilidad de los derechos sociales y democracia”, en Ribotta, S. y Rosetti, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp.149-172.

Bengochea Gil, M^a A., “La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales”, en Ribotta, S. (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 237-261.

Britos, N., “Garantías no institucionales y exigencia de derechos sociales”, en Ribotta, S. y Rosetti, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 187-210.

De Asís Roig, R. F., “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos”, en Campoy Cervera, I., *Una discusión sobre la universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 35-58.

Edwald, F., *L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1986.

Escobar Roca, G., “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, núm. 2, 2012, pp. 47-61.

- Ferrajoli, L., “Garantías”, *Jueces para la democracia*, núm. 38, 2000, pp.39-46.
- García Manrique, R., *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Barcelona, 2013.
- Gordillo Pérez, L. I., “Derechos Sociales y Austeridad”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, núm. 1, 2014, pp. 34-57.
- Habermas, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2010.
- Herreros López, J. M., “La justiciabilidad de los derechos sociales”, *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2011, pp.78- 92.
- Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Citizenship and Social Class*, ed. Pluto Classics, London, 1950.Traduccion: *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.
- Martínez de Pisón Cavero, J. M., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- Pisarello, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”, *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 34, 2009, pp. 139-164.
- Rey Pérez, José Luis, “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm.16, 2007, p.137-156.
- Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.
- Rubio Lara, M. J., *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- Ruiz Miguel, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 15-16, 1994, pp. 651-674.
- Sánchez Pérez, J., “La tutela de los derechos sociales a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Garrido Pérez, E., (coord.) *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. Comunicaciones*

XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 2013, pp. 293-305.

Sastre Ariza, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de estudios políticos*, núm. 112, 2001, pp. 253-270.

Van Hoof, G. H. J., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some traditional views” en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984, pp.97-110.

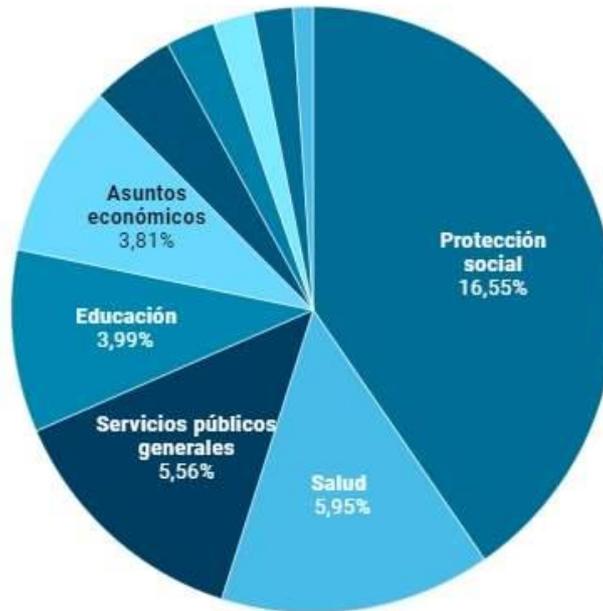
Velasco Gómez, A., “Democracia Liberal y Democracia Republicana”, *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía Política*, núm. 1, Sevilla, 1999, pp. 72-82.

➤ Recursos de internet

Neri Coronado, A. N., “Ciudadanía Republicana”, *El Universal* (disponible en https://www.eluniversal.com.mx/blogs/observatorio-nacional-ciudadano/2017/04/24/ciudadania-republicana#_ftn2 ; última consulta el 18/02/2020).

7. ANEXO

Gasto público por función en porcentaje sobre el PIB



Fuente: Ministerio de Hacienda • Conseguir los datos • Created with Datawrapper

Tabla I: Gráfica del gasto público (en % del PIB), obtenida del periódico “elEconomista”, según fuentes del Ministerio de Hacienda (<https://www.eleconomista.es/economia/noticias/9625975/01/19/Radiografia-del-gasto-publico-de-Espana-en-datos-y-graficos.html>).

Gasto público en España por partida de gasto

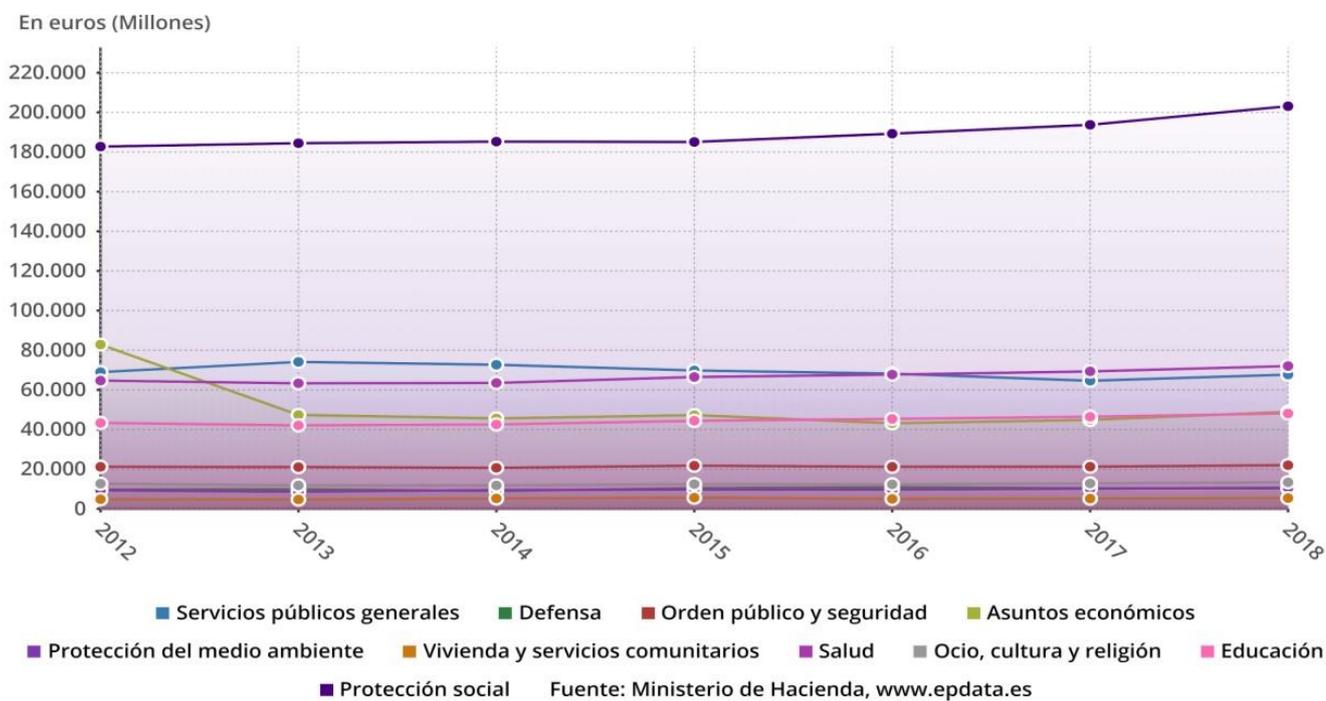


Tabla II: Gráfica del gasto público por partida, obtenida según fuentes del Ministerio de Hacienda (página web <https://www.epdata.es/gasto-publico-espana-partida-gasto/20ec2133-afd6-4a44-92aa-452b0843464c>)