



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Público General

Derecho Constitucional

Curso 2017/2018

El blindaje constitucional de las pensiones y los retos de los derechos sociales hoy

Nombre del/la estudiante: Alberto Nanclares Ijalba

Tutor /a: María José Corchete Martín

Mes: Julio

Año: 2018



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Público General

Derecho Constitucional

El blindaje constitucional de las pensiones y los retos de los derechos sociales hoy

Constitutional safeguards for pensions and current challenges for social rights

Nombre del/la estudiante: Alberto Nanclares Ijalba
e-mail del/a estudiante: u156830@usal.es

Tutor/a: María José Corchete Martín

RESUMEN (15 líneas)

Durante los últimos años, los ancianos españoles han alzado la voz para pedir mejores pensiones de jubilación. Este movimiento ha llevado a la creación de una plataforma que reúne a gente que pide una mayor protección constitucional para las pensiones. Su objetivo es que se prohíba cualquier privatización del sistema de Seguridad Social además de que se garantiza una progresiva actualización del monto de las pensiones mediante la plasmación en el texto constitucional. Una propuesta como ésta toca el mismo corazón de los derechos sociales. Por tanto, en este trabajo trataremos de descubrir los pros y contras de una iniciativa mediante un análisis en profundidad de la teoría de los derechos sociales. Esto incluye, por ejemplo, preguntarnos sobre su naturaleza y nivel de “fundamentalidad”, pero también por la capacidad de nuestro sistema jurídico para garantizar de forma efectiva los derechos sociales. Veremos cómo se enfrentan a asuntos tanto ideológicos como prácticos, ya que dependen de un sustrato económico. Por añadidura, este estatus frágil se refleja en el menor nivel de protección garantizado a los principios rectores (la mayoría de los cuales son derechos sociales) en la Constitución Española. La legislación vigente sobre pensiones, la jurisprudencia y el contexto internacional también serán tomados en cuenta, así como una panorámica sobre la conveniencia o no de ampliar el contenido de la Constitución.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): derechos sociales, Estado social, blindaje constitucional, pensiones de jubilación, principios rectores, derechos fundamentales.

ABSTRACT

During the latest years, elders in Spain have raised their voices to ask for better retirement pensions. This movement has led to the creation of a platform that gathers petitioners for higher constitutional protection regarding pensions. Their aim is to forbid any privatization of the Social Security System as well as to guarantee the progressive updating of the amount of each pension through its inclusion within the Constitutional text. A proposal like this touches the very core of social rights. Therefore, in this paper we aim to discover the pros and cons of this initiative by analysing the theory of social rights in depth. This includes, for instance, questioning their nature and level of “fundamentality”, but also the capability of our juridical system to effectively guarantee the content of social rights. We will see how these rights face both practical and ideological issues, as they have to rely heavily on an economic base. Moreover, this fragile status is reflected onto the lesser level of protection granted to the “guiding principles” (most of which are social rights) in the Spanish Constitution. The current regulation of pensions, jurisprudence and international context is also taking into account, alongside an overview on the convenience or not of broadening the content of the Constitution.

KEYWORDS: social rights, Welfare state, constitutional, constitutional safekeeping, retirement pensions, guiding principles, fundamental rights.

ÍNDICE

1. <u>Introducción</u>	P. 5
2. <u>Parte conceptual: los derechos sociales en general</u>	P. 9
a. Como categoría histórica y axiológica. Las generaciones de derechos.	P.9
-Semejanzas y diferencias con las libertades clásicas.	P.9
-El Estado social y sus problemas.....	P. 12
-Conclusiones: Posición doctrinal.....	P. 15
b. Vinculatoriedad.....	P. 15.
- Problemas de legitimidad democrática.....	P. 16
-Supremacía constitucional.....	P. 16
--Derechos “ <i>in fieri</i> ”. ¿Son derechos fundamentales? ¿Tienen contenido esencial?.....	P. 17
-¿Son derechos subjetivos?.....	P. 20
c. Exigibilidad.....	P. 21
-Problemas del modelo judicial actual y experiencia comparada.....	P. 22
3. <u>Los derechos sociales en la Constitución española: los principios rectores</u>	P. 24
a. Art. 53 y posibles interpretaciones. ¿Son derechos? Supremacía constitucional (de nuevo) vs Problemas de los “derechos de configuración legal.”.....	P. 25
b. (Otras) funciones de los principios rectores.....	P. 29.
c. Formas alternativas de fiscalización y exigibilidad (amparo indirecto).....	P. 30
4. <u>Las pensiones en la Constitución</u>	P. 31
a. Artículos 50 y 41.....	P. 31
b. Legislación de desarrollo. Breve panorámica de las políticas públicas en materia de pensiones.....	P. 32
c. Sustrato económico y conceptos relevantes.....	P. 36
d. Jurisprudencia constitucional.....	P. 38
5. <u>El blindaje constitucional. La Constitución <i>dirigente</i></u>	P. 39
6. <u>Conclusiones</u>	P. 41

1. Introducción

El derecho a una pensión digna al alcanzar la tercera edad supone una de las bases de nuestro Estado social y también una de sus características más amenazadas. Las dinámicas demográficas existentes en los países de mayor desarrollo económico junto a la difícil coyuntura económica de la crisis global han traído al centro del debate político y jurídico la sensible cuestión de su sostenibilidad.

En el caso español, hemos vivido en los últimos meses una especial revigorización de la reivindicación de este derecho clave. Tal proceso se ha dado principalmente por la articulación como movimiento social de los pensionistas y simpatizantes a escala nacional, quienes han ido convocando numerosas manifestaciones a lo largo de este tiempo. Los pensionistas respondían a la gestión de los partidos Socialista y Popular durante la crisis, período en el cual el poder adquisitivo de los jubilados se vio devaluado, perdiéndose tasa de cobertura y particularmente, disociando las pensiones de la subida de los precios (la llamada “congelación”). A la par, el Fondo de Reserva (coloquialmente llamado “hucha de las pensiones”) perdía liquidez, lo cual generó una sensación de intranquilidad en gran parte de la población.

Esta gestión venía siendo justificada por los motivos demográficos y de coyuntura económica antes mencionados –siendo este último parcialmente superado en la reciente fase de mayor crecimiento económico- y más concretamente por las presiones de la Unión Europea para garantizar la sostenibilidad financiera de los distintos estados mediante el recorte del gasto público. Sin embargo, hubo un viraje parcial por parte del ya censurado Gobierno del Partido Popular mediante el cual esta tendencia se revirtió u hubo una ligera rebaja, según el gobierno motivada por los pensionistas a quienes habían “escuchado” (pero la cual no les dejó satisfechos).

En la fecha en que se escribe este trabajo (junio de 2018), la situación es incierta debido al reciente cambio de Gobierno; el nuevo gobierno del PSOE sí dice estar dispuesto a afianzar las pensiones e incluso se muestra junto a sus aliados parlamentarios (especialmente Podemos) más favorable a la propuesta que vamos a

explicar a continuación¹.

La nota particular que han presentado y presenta el nuevo movimiento por las pensiones es el énfasis que hacen en el Derecho Constitucional, por lo que el debate iniciado por los activistas -que no obstante en esta materia siempre tiene algo de ambas esferas, política y jurídica- despliega una clara vocación jurídica. Esto es así porque la principal reivindicación de la llamada Mesa Estatal por el Blindaje de las Pensiones (MERP²) es, como no podía ser de otra manera, la que le da nombre: una apuesta por una mayor protección constitucional (o “blindaje”) del derecho a una pensión. Concretamente piden la constitucionalización de dos reivindicaciones: en primer lugar, la actualización periódica del monto de la pensión (se entiende que en base, por ejemplo, a los precios) y la prohibición de su privatización, garantizando que se mantenga un régimen de prestaciones totalmente público.

Creo que esta plataforma resulta interesante en lo tocante al estudio de su propuesta constitucional, la cual será objeto de estudio en este trabajo, y además por realizar una forma de activismo que lleva la Constitución al debate público. Sin duda alguna, la Constitución es una constante en los discursos políticos, incluso siendo a veces objeto de filias y fobias más o menos extremas que construyen una imagen de ella como un ente trascendental (en especial en momentos de crisis institucional); sin embargo, ahora se está entendiendo como un instrumento abierto a las propuestas (por difícil que sea una reforma constitucional, y más en un Parlamento fragmentado) hasta el punto de que es el proceso de reforma constitucional en sí mismo el que constituye el objeto de reivindicación.

Si la MERP ha planteado así su petición y buena parte de la población les respalda, debe de deberse a que, como vamos a ver en la revisión teórica al respecto, en España y los países de nuestro entorno existe un gran consenso en torno a la necesidad de mantener la naturaleza social del Estado (si bien como detallaremos éste se está viendo sometido a muchos retos, en especial por la globalización). Pero también transmite una cierta visión del rol que debe ejercer nuestra ley fundamental: garantizar un consenso mínimo que informe el ordenamiento y garantice derechos, pero dejando un espacio

¹ <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/9201500/06/18/AMP-Unidos-Podemos-dice-que-ligar-ya-pensiones-al-IPC-seria-un-buen-gesto-y-PSOE-remite-al-dialogo-social.html> (consultado el 15 de junio de 2018)

² En <http://www.merp.es/quienes-somos> se presentan con ese nombre y siglas, aunque no coincidan; en <http://www.merp.es/merp/argumentario> se presentan como “Mesa Pro-Referéndum de las pensiones”. Es posible que se hayan decantado por el primer nombre pero hayan mantenido las siglas por razones de lenguaje.

postconstituyente para que los poderes públicos constituidos implementen las políticas públicas que democráticamente se decidan. Muchos no estarán de acuerdo en que la propuesta de la MERP realmente se atenga a este paradigma, argumentando quizás que están usurpando un espacio demasiado amplio al legislador, pero, sin duda alguna así es como ven ellos mismos su propuesta:

6°.- Existen diferentes alternativas de gestión y financiación de las pensiones públicas, pero la MERP no se pronuncia sobre ellas, sino que alienta y promueve el debate entre ellas. Eso sí, por encima de los acuerdos o consensos a los que se llegue, en la Comisión del Pacto de Toledo o en el Congreso de los Diputados, por encima del color del gobierno, presente o futuro, de los resultados de cualquier proceso electoral, o de la situación económica del país, los demócratas debemos unirnos en blindar las pensiones en la Constitución para que no se puedan privatizar ni degradar su poder adquisitivo.

(<http://www.merp.es/merp/argumentario>)

La problemática que se plantea en torno a las pensiones es en gran medida compartida por el resto de los llamados derechos sociales. Especialmente con motivo de la crisis, la ciudadanía ha sido consciente de la dicotomía entre el reconocimiento de derechos y su efectividad práctica, igualmente sujeta a la elección de las políticas públicas y, por supuesto, a la marcha de la economía. Entre la opinión pública, más allá de los versados en Derecho, se extiende la idea de que los derechos sociales de prestación deberían estar garantizados por encima de estas circunstancias, es decir, la expresión “derechos” debería ser dotada de un sentido pleno.

Sin embargo, como los juristas saben, no todos los “derechos” sociales de prestación han sido positivizados en nuestro texto constitucional como tales, sino que al contrario, tan sólo el derecho a la educación se encuentra en el Capítulo Segundo (junto a otros derechos sociales en sentido amplio como la huelga), mientras que el resto se localizan en el Capítulo Tercero y por tanto responden a la denominación de Principios Rectores de la política económica y social.

El art. 53 consagra una serie de diferencias de tratamiento que estudiaremos con más detalle, pero que en cualquier caso se alejan de la idea de que la sanidad, la vivienda, el trabajo o en este caso las pensiones están garantizados de forma más o menos absoluta por el hecho de aparecer en la Norma Fundamental, o que su vinculatoriedad es la misma que la del resto de derechos “clásicos” (cuando en realidad según el tenor literal del art. 53, no contarían con la garantía del contenido esencial). Las políticas públicas que han caminado (llegando más o menos lejos) en esa dirección han integrado la mayor parte de estos servicios públicos en el imaginario colectivo como realidades imprescindibles, lo que bien habría podido contribuir a que en el lenguaje común

expresiones como “el derecho a la vivienda” parezcan ser mucho más robustas de lo que luego se percibe que son en la práctica, creándose un sentimiento de paradoja y frustración.

Por consiguiente, es relevante recuperar el debate crónico sobre los derechos sociales en general con motivo del movimiento por el blindaje de las cuestiones. Sumergirnos en la realidad jurídica que engloba a este asunto nos ayudará a entender la complejidad de la cuestión. Con este objetivo, nos disponemos a dividir nuestro análisis sobre los derechos sociales en dos grupos de preguntas en función de la perspectiva que se utilice:

- En primer lugar, estudiaremos el concepto de los derechos sociales, su fundamentación axiológica e histórica, en tanto concepto común transportable a las diversas realidades constitucionales. Estudiaremos los problemas inherentes a su naturaleza específica (si es que la tienen), la fuerza con la que vinculan al ordenamiento (dimensión objetiva), su exigibilidad y dimensión subjetiva, el margen de maniobra que dan al legislador (y en relación a la exigibilidad, el control de las omisiones), etc. Todas ellas son preguntas con mucho recorrido en la academia, pero que siguen sin alcanzar un consenso, puesto que los derechos sociales han sido especial campo de batalla ideológico. Esto no es óbice para que nos hagamos camino más allá de la controversia política para entender las problemáticas anteriormente mencionadas desde una óptica más bien jurídica (aunque un deslinde total de las dos esferas es imposible e innecesario); es decir, cómo podemos afrontar las contradicciones y limitaciones de nuestro ordenamiento en relación con los derechos sociales, más allá de la “buena voluntad” de positivizarlos.
- Una vez hayamos investigado la parte más general, deberemos adentrarnos en la dogmática de nuestro texto constitucional. Como antes esbozábamos, la forma en que clasificamos los derechos sociales es cuanto menos polémica, cuando no contraria a lo que parte de la sociedad cree que son realmente. Sin embargo, cabe la posibilidad de reinterpretar nuestro ordenamiento vigente de forma que la distinción se difumine en parte, o bien reivindicar aspectos positivos de los derechos que hayan sido dejados de lado por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias (actitud que tienen bastantes autores, quienes señalan prejuicios ideológicos sobre esta materia al igual que sobre la parte conceptual). Simultáneamente, señalaremos las limitaciones que tiene nuestro modelo para después aplicarlas a la dimensión propositiva del estudio.

También abordaremos brevemente el estudio de las pensiones contributivas³ en particular, ya que es el objeto de este trabajo. Esto no significa que vayamos a profundizar en la compleja realidad económica y política que las envuelve, asuntos que quedan fuera de la materia objeto del presente trabajo, sino que sólo tomaremos los conceptos relevantes como ejemplo de los defectos y virtudes que tendría una propuesta de blindaje constitucional como la planteada. Finalmente, a modo de cierre y en relación a la cuestión del blindaje, retomaremos las conclusiones del estudio de los derechos sociales (añadiendo asimismo teoría constitucional más genérica) para emitir una opinión razonada sobre si nos llevan a estar más a favor o más en contra de la propuesta.

2. Parte conceptual: los derechos sociales en general.

a. Como categoría histórica y axiológica. Las generaciones de derechos.

Para comenzar con la explicación teórica de los derechos sociales, hay que poner de relieve su desarrollo histórico. De esta forma, el paradigma mayoritario que ha seguido la doctrina sitúa el comienzo⁴ de la idea de derechos sociales en consonancia con la de Estado social en la época de surgimiento del movimiento obrero y socialista, el cual dio lugar a una segunda generación de derechos que complementaría la primera oleada de derechos liberales y cuya inclusión en los ordenamientos constitucionales se generalizaría a partir de la Segunda Guerra Mundial⁵

-Semejanzas y diferencias con las libertades clásicas.

El punto de partida que presenta la teoría generacional no deja conformes a bastantes de los estudiosos de los derechos sociales. Por ejemplo, Cascajo comprende el momento revolucionario en Francia como una unidad indivisible en fases burguesa, jacobina, etc, sino que por el contrario las Declaraciones políticas emanadas de la Revolución tenían un carácter ecléctico⁶. Monereo, por su parte, hace una crítica constructiva del modelo:

³ Ya que las contributivas son el grueso de las pensiones, y son en las que el común de la sociedad piensa al hablar de pensiones. Así se explica en CARMONA CUENCA, E., “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, [FALTA AÑO], pp. 191-195. Según Carmona, ésta es la situación real, pero no la que aconseja la doctrina, que sigue tesis universalistas. Entraremos brevemente en la distinción contributiva/asistencial cuando llegemos al capítulo de las pensiones.

⁴ Aunque como indica ARSUÁTEGI ROIG, para hablar de derechos en sentido estricto tendríamos que hablar del proceso de juridificación. Sin embargo, la teoría generacional suele incluir de modo amplio al sustrato sociopolítico que impulsaba estos derechos, abarcando una dimensión moral. En ARSUÁTEGI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista Derecho del Estado*, 2010, pp. 47-48.

⁵ CARMONA CUENCA, E., “Los derechos...”, op., cit., p. 175

⁶ El proyecto de Sieyes es el ejemplo que ofrece de texto reinterpretado como “burgués” que en realidad contenía esbozos de derechos sociales como el de la educación. En CASCAJO CASTRO, J.L., “Derechos

aunque es útil en la medida en que aporta claridad, puede incurrir en simplificaciones ya que la separación entre libertades civiles y derechos sociales no es tan grande ni temporal (como advertía Cascajo) ni conceptualmente; de hecho, alerta contra la utilización del preconcepto para tratar de fundamentar la devaluación de los derechos sociales. Esto supone un error, ya que las diferencias son sólo cuantitativas, no cualitativas⁷. Arsuátegui también hace suyo este punto de vista, llamando la atención sobre el hecho de que las cualidades usualmente atribuidas a los derechos sociales no tienen por qué superponerse con la segunda generación⁸ y de que aun admitiendo la prioridad cronológica (al contrario que Cascajo), esta no tiene por qué llevar aparejada la prioridad moral⁹. Cossío defiende el estatus de los derechos sociales desde un punto de vista algo divergente, ya que él sí ve dos tradiciones separadas que desde la Constitución de Weimar vivían “empatadas” como dos formas alternativas de interpretarla, las cuales “siguen lógicas absolutamente divergentes”, aunque ahora la interpretación “democrisiana” lleva la delantera¹⁰.

Por otra parte, en general se presupone que los derechos sociales son derechos de prestación, pero no es así. Carmona cita a R. Alexy¹¹ para diferenciar las categorías en las que se pueden dividir los derechos, (ya sean, sociales, civiles, de tercera generación...):

Los derechos de defensa son derechos a acciones negativas del Estado, tienen por principal objeto preservar de la intervención estatal una serie de posiciones, situaciones y actuaciones consideradas de principal importancia o especialmente vulnerables. Por el contrario, los derechos de prestación son derechos a acciones positivas del Estado.

Por tanto, en los derechos de prestación, que son los que vamos a tratar, el elemento diferenciador del que podríamos extraer su esencia particular sin temor a caer en el sesgo ideológico es la existencia de esa acción positiva por parte del Estado. Así ocurre en muchos derechos sociales, como las pensiones, la educación o la sanidad, pero también hay derechos sociales de defensa, como la huelga o la libertad sindical.

Paralelamente, algunos derechos de prestación han sido adscritos tradicionalmente a la

sociales”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2009, p. 13. También pp. 15-16 sobre el avance discontinuo de los derechos en la Historia.

⁷ MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para una teoría de los derechos sociales (Discusión doctrinal)”, *Anuario de filosofía del derecho*, 2005, p. 268

⁸ ARSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para...” op., cit., p. 53.

⁹ Debido a que la historia humana es convulsa y no lineal. *Ibidem.*, pp. 55-56.

¹⁰ COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para...” op., cit., pp. 130-131. Nótese que Cossío achaca la situación a una “cultura jurídica particular”, probablemente refiriéndose al mundo occidental en general, por lo que no existe ningún esencialismo detrás de la naturaleza de los derechos sociales que haga su estatus inamovible.

¹¹ CARMONA CUENCA, E., “Los derechos...” op., cit., p. 176.

primera generación, como la asistencia jurídica gratuita¹².

Explicar esto puede resultar obvio a ojos de los expertos, pero de la doctrina aprendemos que aclarar las bases de los conceptos que usamos no es una empresa baladí. Volviendo a Alexy, Carmona continúa citando la subclasificación que hace, creando la categoría de derechos de prestación en sentido estricto (“aquellos derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes¹³ y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares.”) Tal denominación implica que es posible encontrar una dimensión prestacional en otros derechos, lo cual no significa que la división no sea pertinente (ya que la diferencia cuantitativa existe), pero relativiza las diferencias entre unos y otros derechos.

Arsuátegui recoge esta hipótesis y la aplica al sustrato económico de los derechos sociales¹⁴ (que como veremos, suscita polémicas). Para ello cita a los siguientes autores:

Stephen Holmes y Cass Sunstein han intentado desmontar la distinción en la que se apoya el discurso diferenciador entre derechos baratos y derechos caros, es decir la distinción entre derechos (o libertades) negativos y derechos (o libertades) positivos argumentando que, en realidad, todos los derechos son positivos, si bien esta es, señalan, la distinción enraizada en la argumentación de los ciudadanos y también de los juristas, lo cierto es que en realidad es más confusa de lo que pensamos y es una traducción al ámbito de los derechos del contraste entre la idea de un gobierno pequeño y un gobierno fuerte y poderoso. La tesis de Holmes y Sunstein sería que, desde el momento en que los derechos exigen mecanismos de protección, todos los derechos son positivos, ya que todos ellos, en una u otra medida exigen respuestas afirmativas y no meramente negativas por parte del gobierno.¹⁵

Acto seguido, se apoya en Alexy (además de en las teorías del desarrollo de Amartya Sen¹⁶) para argumentar que, incluso aunque ésta no fuera la realidad, los derechos sociales se pueden fundamentar desde la ética democrática, que no debe ser dependiente de la economía.

La teoría de Holmes y Sunstein tiene además mucho recorrido en la práctica. Concretamente en el caso español, a lo largo de los años de la crisis hemos sufrido recortes en la Administración de Justicia que han dañado de forma severa el derecho a

¹² MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para...”, op., cit., p. 283

¹³ Para Monereo, la noción de universalidad se encuentra en disputa en los derechos sociales, y duda de que deban ser titulares sólo aquellos que no dispongan de medios. *Ibidem*, pp. 275-276.

¹⁴ También Monereo en *Ibidem*, p. 284

¹⁵ ARSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para...”, op., cit., p. 62. También se menciona la teoría de estos autores en COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México” [FALTAN REVISTA Y AÑO], p. 131 y una tesis similar pero sin remitirse a estos referentes en HERREROS LÓPEZ, J.M., “La Justiciabilidad de los Derechos Sociales”, *Revista de los Derechos Sociales*, 2011, p. 82.

¹⁶ *Ibidem*, p. 64.

la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), un derecho civil (difícilmente se le puede llamar libertad, si exige una prestación) considerado derecho-llave y clave para el buen funcionamiento del sistema.

A la cuestionable dicotomía entre derechos civiles y sociales subyace también una legitimación moral diferente. Usualmente, los primeros se asocian al valor libertad y los segundos a los valores igualdad y secundariamente solidaridad¹⁷ (el último también fundamentaría los incipientes derechos de tercera generación). También es cuestionada: por ejemplo Monereo afirma que ambas categorías se fundamentan en ambos valores, pero la libertad y la igualdad en la primera generación son formales (con carácter *negativo*, abstencionista) y en la segunda *reales (positivo, de acción)*¹⁸. Por su parte, Arsuátegui tampoco concibe que la libertad y la igualdad puedan estar separadas, puesto que excluir uno de los valores atenta contra la autonomía moral del sujeto¹⁹. La noción de autonomía es, en efecto, una expresión recurrente en lo tocante al Estado social²⁰.

-El Estado social y sus problemas

Habiendo desmontado algunos mitos -o al menos planteado algunos debates- en torno a las notas generales de los derechos sociales y su contraposición con los civiles, debemos hablar de la noción de Estado social. Este apelativo se denomina los valores de los derechos sociales y los inserta en la definición misma del Estado. Así, la frase “Estado democrático y social” con la que el primer artículo de nuestra Constitución define a España, bien puede ser un ejemplo del empate de posiciones que explicaba Cossío. En cualquier caso, es obvio que la problemática de los derechos sociales afecta a la médula del Estado social. Para Carmona, vivimos una crisis del Estado social originada por la crisis económica de los años sesenta (por tanto es ya un problema asentado, y no reciente). Sin embargo, y evitando tremendismos, la crisis sería sólo parcial, o podríamos decir que más reestructuradora que destructiva, puesto que la voracidad del libre mercado habría afectado sólo a lo que Carmona llama “Estado interventor”. El “Estado asistencial”, por el contrario, es incluso más necesario, puesto que sólo él puede llegar donde el mercado no lo hace (es decir, el Estado cada vez provee menos servicios públicos, pero sigue ejerciendo un rol redistributivo). De hecho:

¹⁷ También en todo FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La solidaridad como principio constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012

¹⁸ MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para...”, op., cit., pp. 270-271.

¹⁹ ARSUÁTEGI ROIG, F. J., “Argumentos para...”, op., cit., p. 51.

²⁰ En MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para...”, op., cit., pp. 277, la autonomía personal y la libertad positiva sirven para justificar la fundamentalidad de los derechos sociales.

En primer lugar, la existencia de un fuerte Estado asistencial ha mitigado considerablemente los efectos sociales nocivos de las políticas de reconversión industrial de los países occidentales. El sistema de Seguridad Social, subsidios de paro y otras prestaciones sociales han permitido que pudieran aplicarse políticas de reconversión de las empresas y de flexibilización de las condiciones contractuales de trabajo que, de no existir aquellas previsiones, hubieran suscitado conflictos sociales y políticos. En segundo lugar, los beneficios del Estado asistencial forman parte de lo que podría denominarse *conciencia moral de la época*. Prácticamente todos los servicios públicos asistenciales y gratuitos o gestionados con precios políticos son intocables. Pueden admitir junto a sí otros servicios privados de la misma naturaleza, pero no parece posible proceder a su desmantelamiento.²¹

Considero que esta observación nos sirve de ayuda para entender las posturas sobre las pensiones. En primer lugar, pone de relieve la importancia social e incluso sentimental que se les da; las pensiones serían una concreción, al menos en el imaginario colectivo, de esa rama del Estado asistencial que ha paliado la mala situación económica y servido de válvula de escape del conflicto social²². En segundo lugar, Carmona ve que existe un consenso sólido en torno al Estado asistencial (lo cual es el trasfondo básico y necesario para cualquier realidad constitucionalizada, o debería serlo). Resulta bastante interesante que, de entrar en vigor la propuesta de la MERP, estaríamos un paso más allá: no sólo se constitucionalizaría (¿con más fuerza que la actual?) el derecho a una pensión, sino que se incluirían con más detalle la actualización y la no privatización. Al ponerse ese coto al libre mercado, una iniciativa semejante podría indicar un cambio parcial de paradigma, y que se juzgue la asistencia social por los medios además de por los resultados; ideas que analizaremos más adelante.

A título personal, dudo que exista un consenso tan amplio. Si ha nacido la propuesta de la MERP es porque ven que hay un rival político que sí podría querer tocar las pensiones, cuando no fuera tal el mismo Gobierno de entonces. Sin embargo, también llama la atención que al comenzar su gestión el Partido Popular decidiera tomar otras medidas impopulares (subir los tipos impositivos) antes que bajar las pensiones o la prestación por desempleo²³.

Frente a la idea posibilista de Carmona de un Estado social restringido a lo asistencial, Monereo sin duda personifica una visión más expansiva del Estado social en

²¹ CARMONA CUENCA, E., “La consolidación del estado social en España. El estado asistencial”, *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Aranzadi, 2006, pp. 2-3. Sobre el carácter metaideológico de la solidaridad, también FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La solidaridad...”, op., cit., p. 140. Sobre la diferencia entre función asistencial y “de tutela económica y social” de los principios rectores, política social y económica”, *Derecho Constitucional III: Derechos y Libertades*, Colex, Madrid 2003, pp. 360.

²² Por supuesto, también existe la opinión contraria, que dice que en España las pensiones son bastante elevadas en relación al salario. Entraremos a ello cuando pasemos por la tasa de cobertura de nuestras pensiones.

²³ SÁNCHEZ MEDERO, G.; TAMBOLEO GARCÍA, R., “Política y Derechos sociales en tiempos de crisis en España”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2013, p. 251. Más adelante tratamos que eventualmente sí que desvincularon las pensiones del IPC.

la que la desmercantilización es un objetivo clave (y por tanto, más cercana a la propuesta de la MERP)²⁴. Para ella, reducir el carácter social del Estado a corregir disfuncionalidades es un error. Cabe mencionar también que señala como causante de la crisis al proceso de globalización²⁵.

Por su parte, Cascajo expone la tesis de Tony Judt que sitúa la crisis del Estado social desde 1989 hasta 2009. A pesar de la disparidad, Judt coincide con las autoras anteriores en que el flujo de libre capital ha mermado el Estado social tal y como lo entendíamos hasta entonces; llamativamente, no echa la culpa a la inescrutable marcha de la economía, sino a las políticas públicas. Sin embargo, de manera similar al análisis de Carmona, Judt no cree que las exigencias requeridas del Estado social hayan cambiado, sino que simplemente su rol ha mutado de una actividad más directa a otra más indirecta.²⁶

Finalmente, la opinión de Torres Muro estriba en que en el ámbito español no se puede hablar tanto de una “crisis” del Estado social como de que éste aún se halla *en construcción* si lo comparamos con el resto de Estados europeos. Paradójicamente, aunque este letrado del TC reconozca las deficiencias del modelo, cree que su articulación jurídica adolece del problema inverso, esto es, un exceso regulador²⁷. El carácter contradictorio en cuanto a sus efectos que puede tener la regulación constitucional (o el exceso de regulación jurídica en general) según la parte de la doctrina a la que se adhiere Torres Muro nos proporciona un hilo del que tirar para opinar sobre el blindaje de las pensiones.

En cuanto a la crisis reciente, ésta inevitablemente ha empañado el tono de los artículos doctrinales sobre derechos sociales desde su irrupción. Por ejemplo, Sánchez y Tamboleo repasan los acontecimientos económicos recientes (que recuperaremos al estudiar las pensiones en concreto) y, si bien relativizan el impacto de la crisis señalando como mecanismo cocausal que el modelo de Estado del Bienestar mediterráneo es menos amplio que otros del entorno europeo²⁸, la crisis ha impactado

²⁴ De hecho, el nº 7 del decálogo de la MERP (<http://www.merp.es/merp/argumentario>) protesta contra la reforma del art. 135 CE, de forma similar a como Monereo denuncia al neoliberalismo, y utilizan ese hecho como argumento a favor de que si la deuda está protegida constitucionalmente, “cualquier demócrata” querrá que las pensiones lo estén más aún.

²⁵ En MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para...”, op., cit., pp. 265-266.

²⁶ CASCAJO CASTRO, J.L., “Derechos sociales”, op., cit., pp. 13-14. Usará las tesis de Judt para elaborar una teoría unitaria de la fundamentalidad de los derechos (ver *infra*)

²⁷ TORRES MURO, I., “Derechos Sociales y Comunidades Autónomas”, *Foro, Nueva Época*, 2012, pp.88-89. El autor aplica sus ideas sobre la regulación de la cuestión social a los Estatutos autonómicos, pero muchos de sus mensajes pueden ser transportados a la CE, con la cual los compara en ocasiones.

²⁸ De forma análoga a Torres Muro.

duramente contra los derechos sociales:

La profundización de la crisis está poniendo en evidencia la profunda contradicción que atraviesa el discurso jurídico y político de los derechos sociales, principalmente, en países como España, Portugal o Irlanda. Es cierto, que estos derechos son los que legitiman al actual Estado del Bienestar, pero sin embargo son los primeros que los gobiernos sacrifican cuando hay que satisfacer las exigencias de los poderes financieros para hacer frente a las crisis económicas. También es innegable que desde el punto de vista jurídico, estos derechos, continúan figurando, al menos en términos formales, como una conquista del constitucionalismo social y del derecho internacional de los derechos humanos aprobados por los países europeos tras la II Guerra Mundial. La cuestión es que cada vez están siendo más erosionados por la crisis económica, que no sólo bloquea a los mismos sino que les obliga a una constante limitación, sin que sea necesario apenas justificación.²⁹

-Conclusiones: Posición doctrinal.

De este apartado podemos inferir que la mayoría de autores teorizan sobre los derechos sociales “a la defensiva”. Aun pretendiendo buscar la neutralidad ideológica, es difícil hallar autores que estudien los derechos sociales desde posturas realmente encontradas³⁰. Sin pretender emitir juicios de valor, ni siquiera analíticos, sobre la academia (eso quedaría fuera del alcance de este trabajo y de mis capacidades), los autores lanzan el mensaje implícito (o en ocasiones explícito) de que al andamiaje teórico que se ha construido a lo largo de la Historia del Estado constitucional es hostil en mayor o menor medida a la idea social, una hostilidad que tenemos presente y que coevoluciona con el propio Estado social. Por tanto, es entendible la beligerancia extendida hacia los mitos y lugares comunes sobre el tema.

Puesto que tales mitos son refutados con contundencia, debemos tener presentes las conclusiones de lo expuesto a la hora de estudiar el problema de las pensiones (lo cual hemos hecho en parte ya, señalando algunas conexiones) y también las precisiones terminológicas realizadas al principio del texto, para hablar de los derechos sociales con rigor.

Aun así, hay muchas preguntas sobre el papel constitucional de los derechos sociales que no se responden únicamente desde su fundamentación histórico-moral, o desde la falta de voluntad política y cultural de implantarlos como es debido (o al menos no directamente). Por ende, a lo largo de los siguientes apartados abordaremos cuestiones que, desde nuestro punto de vista, sean inherentes al apelativo “social” de los derechos en cuanto tal.

²⁹ SÁNCHEZ MEDERO, G.; TAMBOLEO GARCÍA, R., “Política y Derechos...”, op., cit., p. 248.

³⁰ Con la excepción de Torres Muro y los autores que cita, como De Otto o principalmente Gomes Canotilho. Aun así, se declara defensor del Estado social frente a los “neoliberales”.

b. Vinculatoriedad.

En este apartado nos centraremos en la discusión sobre la naturaleza de los derechos sociales. En nuestro ordenamiento, que trataremos en el siguiente capítulo, el art. 53 relega a un segundo plano de vinculación y exigibilidad a los principios rectores, aunque por supuesto existe un margen de interpretación que se ha disputado. ¿Acaso este segundo plano obedece a una decisión “ideológica” del constituyente? ¿O es que, por el contrario, adolecen de problemas inherentes a su naturaleza?

- Problemas de legitimidad democrática

Antes veíamos que el sustrato económico de los derechos sociales era una losa que le adjudicaban sus detractores, aunque en gran medida Holmes y Sunstein refutaban esta perspectiva. Sin embargo, aún persiste un problema grave para la fundamentación democrática de los derechos sociales: si son considerados derechos de forma plena, entonces los jueces deberán resolver sobre los conflictos al respecto, y por tanto decidir sobre las políticas públicas pertinentes. ¿No supone esto una sustracción del rol del legislativo, y por tanto un ataque a la división de poderes?

A este respecto, el juez de la Suprema Corte de México José Ramón Cossío, quien elabora una amplia defensa de los derechos sociales, señala sin embargo la siguiente objeción:

[...] ciertos asuntos que llegan a la Corte o llegan a la Sala de algún país determinado reciben una asignación directa o una redirección, si se quiere en razón de las pretensiones que plantearon determinados colectivos o determinados individuos, pero que después afectan a otros colectivos porque tuvieron acceso a la Corte correspondiente, y los que no acudieron a la Corte ven mermados sus recursos. Pensemos, por ejemplo, en algunos casos de personas portadoras del VIH. Las que recurren a la Corte logran que se acepte su caso, obtienen una resolución favorable, y un porcentaje del presupuesto de esos recursos escasos destinados a necesidades infinitas es trasladado de un determinado rubro, partida o renglón a otro. En este caso la Corte está haciendo claramente una política pública que tiene el efecto de redireccionar el gasto.³¹

Personalmente, creo que parte de este problema es de nuevo una réplica del dilema de hasta qué punto debe llegar la constitucionalización. Es decir, desde el momento en que existe un poder constituyente que reclama una competencia X, ésta ya ha quedado sustraída al legislador. ¿Es tan problemático que sea un juez quien fiscalice su cumplimiento? Puede serlo, y ahí está la otra cara del asunto, en la medida en que el juez no tenga la legitimidad para resolver sobre casos muy ambiguos en los que

³¹ COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para...” op., cit., p. 130. Cossío parte de la premisa de que los bienes son escasos, la cual no hacen suya todos los autores, por ejemplo Monereo, quien cree que el problema es de distribución de los recursos

realmente sí estaría actuando como pseudolegislador.

-Supremacía constitucional

Llegamos así a la cuestión de si pueden existir realidades de primer y segundo orden en un texto constitucional, ya sea porque el propio texto así lo indica (nuestro art. 53 CE) o por la naturaleza sospechosa para algunos de esos derechos. Parte de la doctrina cree que no, ya que la Constitución es en sí misma suprema, y jamás podría ser de otra forma³². No caben, por tanto, los “derechos de configuración legal”, ya que reenviar al legislador la decisión sobre el contenido de los derechos implica en realidad el vaciamiento de los derechos contenidos en la Constitución, los cuales deberían desplegar eficacia directa e inmediata.

La respuesta podría iluminar nuestro estudio, ya que si realmente relegar a los derechos sociales o a cualquier otra figura constitucional a un segundo plano hace tambalear la unidad y la supremacía del edificio constitucional, existe un marco para disputar los derechos sociales aun sin necesidad de reforma alguna ni del contenido de los derechos ni de la clasificación de la parte dogmática.

-Derechos “*in fieri*”. ¿Son derechos fundamentales? ¿Tienen contenido esencial?

Para contestar a las preguntas que antes lanzábamos necesitamos saber si los derechos sociales son siempre, a veces o nunca derechos fundamentales. La fundamentalidad sería el criterio clave para saber si los derechos sociales se encuentran en el mismo plano normativo que el resto. Puesto que muchos textos constitucionales han sido ambiguos al respecto, cuando no directamente les han negado la fundamentalidad, muchos autores han tratado de encontrarla en una justificación moral que trascienda la forma en que se positivicen.

En esta línea, Monereo aplica una teoría “jurídico-material” de los derechos sociales fundada en su relación con la dignidad humana³³; Herreros lo ve y dobla la apuesta basándose también en su conexión con la denominación de “Estado social” (positivizado en la CE en el artículo 1) y con la idea de igualdad efectiva (9.2 CE)³⁴; y Arsuátegui directamente aboga por hablar de “derechos fundamentales” sin precisar si son sociales o no³⁵. Además, la supremacía constitucional aparece en Herreros como argumento para desdeñar las teorías formales de la fundamentalidad:

³² COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para...” op., cit., p. 139

³³ MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para...” op., cit., p. 267.

³⁴ HERREROS LÓPEZ, J.M., “La Justiciabilidad...” op. cit., pp. 83-84.

³⁵ ARSUÁTEGI ROIG, F. J., “Argumentos para...” op., cit., p. 64.

En realidad, los derechos sociales, siempre que hablemos de cláusulas normativas que tengan tal estructura y no la de meros enunciados programáticos, son derechos materialmente fundamentales, es decir, no son derechos disponibles por el legislador aun cuando su protección no cuente con la garantía constitucional explícita del contenido esencial. Asimismo, y aunque no dispongan de la protección jurisdiccional del amparo de forma directa, gozan de la protección del Tribunal Constitucional en lo que se refiere a su regulación legal.³⁶

Resulta de vital importancia recalcar que el contenido mínimo existe aun cuando no sea *explícito*. Desde la fundamentación material, Herreros añade la existencia de fundamentalidad la existencia de un contenido indisponible y de garantías jurisdiccionales para defenderlos. Sin estos corolarios, no podríamos llamarles derechos³⁷, incluso aunque las políticas públicas proporcionasen de forma efectiva las prestaciones previstas.

Desde la orilla contraria, Carmona explica que los autores que han negado la fundamentalidad de los derechos sociales (se entiende que incluso aunque estén positivizados como tal, sin duda una postura muy tajante) lo hacen con base en los problemas que ya hemos explicado, como la escasez³⁸ de los recursos públicos. A ellos responde Alexy, pensando en la Constitución alemana, la cual no contenía derechos sociales de forma explícita:

“Esta cuestión es planteada por Robert ALEXY en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*. En ella, considera que los derechos a prestación en sentido amplio serán derechos fundamentales a prestaciones sólo si son derechos subjetivos y constitucionales.”³⁹

Y también:

Así considerados, los derechos sociales de prestación (al menos, algunos de ellos) pueden considerarse derechos fundamentales si están reconocidos en las Constituciones (o si pueden deducirse de otras normas constitucionales que enuncien derechos o principios), y este reconocimiento constitucional es susceptible de protección jurisdiccional frente a los poderes públicos (incluido el legislador) y, en algunos casos frente a los particulares. El modelo de justiciabilidad presentado aquí –siguiendo la construcción de ALEXY– es un modelo de ponderación, igual que el utilizado para los derechos de defensa.⁴⁰

Por tanto, podríamos decir que Alexy está postulando una tercera vía la cual se ve capaz de explicar la fundamentalidad no desde un punto de vista moral, sino relajando la

³⁶ HERREROS LÓPEZ, J.M., “La Justiciabilidad...”, op. cit., p. 84.

³⁷ Opinión que no comparten todos los autores. Gomes Canotilho, por ejemplo, cree que una cosa es el reconocimiento de un derecho y otra la vía que elija el Estado para garantizarlo, que puede ser judicial pero también administrativa o de otro tipo. En CARMONA CUENCA, E., “Los derechos...”, op., cit., p. 187.

³⁸ No debe entenderse, en un sentido absoluto, que la escasez implique pobreza, sino simplemente que los recursos no son infinitos y por tanto hay que tomar decisiones presupuestarias desde un punto de vista para el que la noción de “derecho” es contraintuitiva.

³⁹ CARMONA CUENCA, E., “Los derechos...”, op., cit., p. 177.

⁴⁰ *Ibidem*, p.179.

exigencia de positivación (que sigue, empero, presente) siendo necesarias asimismo ciertas condiciones de exigibilidad de los derechos para que puedan llevar ese nombre.

Finalmente, es muy interesante repasar lo explicado mediante la panorámica que ofrece Cascajo⁴¹. Primero nos recuerda la importancia del asunto y que las posturas están muy enfrentadas. Acto seguido, critica de la teoría jurídico-material que nunca ha conseguido probar sus tesis⁴² por completo en un ordenamiento jurídico positivo. Pero tampoco se acoge a la teoría formalista pura, sino que ve que en nuestra Constitución también permite apreciar fundamentalidad por la vía del reconocimiento a la dignidad humana (10.1 CE). A partir de ahí, explica y matiza a Bastida, quien cree que esta fundamentalidad puede estar escalonada y justificada en la función que desempeña cada derecho (algo que sí parece cercano a la teoría material):

Para Bastida la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, en su existencia indisponible por el legislador. Estas dos son las notas básicas que acompañan a la figura del derecho fundamental, que debieran entenderse, a mi juicio, de forma flexible, gradual y escalonada.

Desde ahí llega a las siguientes conclusiones, de gran interés:

Se lleva ya tiempo hablando de una cierta escala de fundamentalidad en función de la mayor o menor preservación normativa, que no implica necesariamente una mayor o menor garantía jurisdiccional de los derechos. Se entiende así que haya un sector de la doctrina partidario de dar a cada derecho social un contenido constitucional concreto, para no tener que depender de cómo al final se organice su régimen jurídico. También el Tribunal Constitucional en su STC 37/1994, entre otras, ha aludido a la necesidad de preservar el núcleo intangible que hace reconocible a los derechos sociales o a las directrices de política social, extendiendo la garantía normativa del contenido esencial. Se trata en suma de que algunos elementos del derecho (fin perseguido por los mandatos constitucionales, regresividad sin fundamento razonable, o postura de total inacción) queden sustraídas al juego de las mayorías parlamentarias.

Desde este punto de vista, es posible y lícito sacrificar la fundamentalidad de los derechos sociales entendida como una realidad sagrada e intocable, para construir una fundamentalidad más pragmática que, esta vez sí, permita dotar a los derechos sociales de un contenido esencial⁴³. Podrían ser fundamentales incluso a pesar de no tener las mismas garantías de exigibilidad; (existen diferencias de trato incluso entre los derechos fundamentales clásicos), y volveremos con algo más de detenimiento al estado de la materia y por qué ocurre. Pueden ser fundamentales porque para Cascajo es en la

⁴¹ CASCAJO CASTRO, J.L., “Derechos sociales”, op., cit., pp. 27-30.

⁴² Parece referirse a que los derechos sociales *puedan* ser en todo caso DDFF. Es curioso que Monereo, por ejemplo, parecía ir más allá y decía que lo *son* automáticamente, independientemente de la configuración jurídica positivizada.

⁴³ En la línea de Herreros.

vertiente objetiva donde radica la fundamentalidad, es decir, la “tarea de informar el desarrollo del orden jurídico infraconstitucional y en la de erigirse como parámetro del juicio abstracto de constitucionalidad”⁴⁴. O lo que es lo mismo, que informan a todos los poderes públicos, incluido el legislador. Apoyándose en Pisarello (quien se adhiere a la teoría material), acusa que el paradigma de los derechos subjetivos y exigibles judicialmente ha nublado la vista a parte de la doctrina frente a otras realidades. Sin duda esto es muy relevante para la propuesta sobre las pensiones porque con estos argumentos se podría justificar que incluso ahora mismo existe ya un contenido mínimo intocable por las mayorías parlamentarias y los gobiernos, y los poderes públicos están sujetos a él incluso aunque pueda no haber una titularidad subjetiva. Claro está, y el propio Cascajo lo dice, que este contenido mínimo es difícil de delimitar, lo cual podría ser un punto a favor de una norma constitucional más exhaustiva, como se pretende con el “blindaje”.

Cascajo sigue argumentando y matiza que él no cree en un escalonamiento como el que propugna Bastida, y que prefiere hablar de derechos fundamentales “*in fieri*”⁴⁵ (necesitados de desarrollo):

Para los que no somos tan adictos al funcionamiento del principio de constitucionalidad como un *Deus ex machina*, los derechos sociales bien pudieran ser como un tipo de derechos fundamentales *in fieri*.

Esta situación, en mi opinión, no es congénita ni insuperable. No es tampoco el resultado de las propias técnicas de positivación. No es una mera cuestión topográfica que se ventile con un mero cambio de la *sedes materiae*.

Ni tampoco es un problema achacable a las dificultades que plantean a la hora de garantizarlos, porque se sabe que no son transpasables las cuestiones de actuación en cuestiones de naturaleza conceptual u ontológica. No hay nexo de unión entre estos dos órdenes de problemas. Los derechos sociales son en suma derechos fundamentales que requieren de la oportuna intervención legislativa, sujeta a límites, y de una interpretación judicial que los proteja en su estatus móvil de derechos fundamentales.

-¿Son derechos subjetivos?

Finalmente, debemos enumerar brevemente un par de datos relativos a la titularidad de los derechos sociales (de prestación). Por definición, si otorgan prestaciones deberían

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 22

⁴⁵ En GARCÍA-ATANCE *et al.*, “Principios rectores..”, *op.*, cit., p. 363 se oponen de forma explícita a que los derechos sociales que son considerados principios rectores en nuestra Constitución puedan ser derechos “*in fieri*”, pero curiosamente utilizan la misma expresión posteriormente para referirse a la eficacia habilitadora de los derechos (ver *infra*).

configurarse como derechos subjetivos, pero hemos visto que Cascajo no cree que pueda elaborarse una teoría de los derechos sociales desde la perspectiva subjetivista. Esto ocurre entre otras cosas porque algunas de las obligaciones correlativas a estos derechos son de medios, no de resultado. Además, para que surja el derecho subjetivo es necesario que el legislador concrete el derecho, lo cual no siempre es fiscalizable. La titularidad de los derechos sociales también presenta otro rasgo peculiar, y es que muchas veces se predicen en función de la pertenencia a un colectivo. Esto guarda relación con la nota anterior en que explicábamos la postura universalista de Monereo. Aunque ella no lo comparte (recordemos que para ella no existe escasez de recursos sino mala distribución), sostiene que en la doctrina:

Los problemas de la universalidad de los derechos afectan de manera particular a los derechos sociales. Los críticos afirman que los derechos sociales no son derechos de todos, sino de determinados grupos o personas contextualizadas, que, en definitiva, no son derechos que puedan interesar a todo el mundo porque satisfacen necesidades específicas.

Para dar solución a esta crítica, Peces-Barba (padre de la Constitución) invierte el sentido de la universalidad, la cual habría de ser el punto de llegada en lugar de de partida. Su planteamiento significa que, asumiendo que los recursos son escasos, podemos justificar diferencias de trato y asumir que los titulares de los derechos son los desfavorecidos⁴⁶.

Por último, Cossío matiza que desde su punto de vista, no son los propios colectivos los titulares de los derechos sociales, sino los individuos que los conforman en su condición de miembros del grupo. Esto posibilita que los individuos “ejercen la acción por sí mismos”⁴⁷

La titularidad de los derechos sociales es un aspecto esencial para comprenderlos y para entender las virtudes y defectos de nuestra dogmática constitucional, además de la oportunidad de diseñar las garantías jurisdiccionales en una u otra dirección. En efecto, la dimensión social puede parecer que dé lugar una titularidad diluida, difícilmente individualizable, haciendo al derecho inexigible. Averiguar si esto es cierto o no afectará a las pensiones contributivas, puesto que es uno de los derechos de prestación en el que está más presente que la titularidad pertenece a un colectivo concreto (los jubilados).

c. Exigibilidad.

Si bien parte de los problemas para una efectiva exigibilidad de los derechos sociales

⁴⁶ MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para...”, op., cit., pp. 273-276.

⁴⁷ COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para...” op., cit., p. 144.

han sido apuntados ya, al estar interconectados los conceptos⁴⁸, hay que hacer hincapié en los problemas particulares que presenta la acción judicial en relación a los derechos sociales aun en el caso en que éstos fuesen rotundamente fundamentalizados por el texto constitucional. Concretaremos el estado de la situación en el modelo español en el capítulo 3.

-Problemas del modelo judicial actual y experiencia comparada.

Básicamente, cuando Cossío criticaba que sigamos entendiendo los derechos sociales en función de los derechos de libertad, estaba sembrando las semillas para una revisión del sistema judicial⁴⁹. Para ilustrar su análisis sobre la exigibilidad utiliza su experiencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito interamericano los Estados están inequívocamente vinculados por textos internacionales como el llamado Pacto de San José. Sin embargo, Cossío expresa sus dudas sobre que los sistemas judiciales nacionales (en particular el mexicano) permitan la exigibilidad efectiva de los derechos reconocidos internacionalmente. A pesar de contar con esa protección, se inician pocos procesos de reclamación de derechos sociales, y cuando se hacen es en relación a derechos de libertad.

El sistema judicial funcionaría así en parte porque existe una mentalidad instalada en los derechos de defensa, y la formación que se da a los letrados sobre los derechos de prestación es pobre (aunque vaticina que cambiará en el futuro). Esta observación es compartida por Herreros, quien culpa al Derecho Procesal⁵⁰. Además, añade Cossío, se entiende errónea y anacrónicamente que el destinatario de los derechos sociales es el Parlamento y no el TC. No se trata de decir que el TC resuelva por sí solo problemas al adquirir un mayor protagonismo: al contrario, pueden surgir nuevos si un TC llega a sobrepasar su rol como legislador negativo kelseniano (lo cual debe hacer para cubrir las omisiones del legislador), pero sí que debemos ser conscientes de que el deber de esta institución es salvaguardar el contenido mínimo de los derechos.

En su análisis comparado de la realidad latinoamericana, Cossío ve que los derechos sociales son clasificables en un continuum de tres dimensiones, que se nutre de la dimensión axiológica pero tiene claras repercusiones en cuanto a la exigibilidad. La

⁴⁸ Por ejemplo, cuando nos preguntamos si un juez puede redistribuir presupuestos públicos, nos estamos cuestionando si los titulares pueden ejercer acciones para defenderlos, y en especial cuando señaláramos que para Herreros la “justiciabilidad” es un rasgo necesario de los derechos incluso aunque éstos se garanticen por la vía política.

⁴⁹ En COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para...” op., cit., p. 136-149.

⁵⁰ HERREROS LÓPEZ, J.M., “La Justiciabilidad...” op. cit., p. 89-90.

propuesta ideal⁵¹ del magistrado es la siguiente:

Los derechos sociales, por sus condiciones de realización, deben ser llevados a cabo directamente desde la Constitución; por sus condiciones de exigencia deben ser exigibles directamente; y, por su forma de satisfacción, deben darse a través del otorgamiento de prestaciones materiales, también directamente desde el texto constitucional. Por supuesto esto tiene justificaciones teóricas bastante claras —después se van a presentar los problemas prácticos—. La primera es el tema de la supremacía constitucional, no sólo porque la Constitución es suprema, sino además porque, en un Estado democrático, hablar de supremacía constitucional como depósito de un conjunto de ideas, de intenciones, de valores constitucionales normativizados, es extraordinariamente importante. El segundo problema consiste en dar una eficacia plena a los derechos y, en general, a las normas constitucionales; y el tercero está en dar esa dimensión constitucional a los derechos sociales, lo que genera ciertas condiciones redistributivas que parecen muy aceptables.

Por tanto, no basta con estudiar si los derechos sociales son derechos fundamentales en sentido estricto, como veníamos haciendo; ni siquiera si se puede litigar sin haber una base legislativa (discutir si la omisión es impugnabile); sino que, aun cuando se asegurasen esas condiciones de máxima garantía de los derechos, aún podría haber un ataque a la línea de flotabilidad del sistema si la ejecución de las sentencias no incluye el otorgamiento eficaz de la prestación debida (con la consiguiente afección presupuestal). El mero enunciado de la infracción de una norma, aunque ha hecho surgir efectos jurídicos en el pasado, no sería una *garantía* suficiente⁵². La ejecución también es un problema en el texto de Herreros, así como la fase probatoria, que es más compleja.

Otro elemento que pone trabas a la presentación de acciones frente a los tribunales es que los afectados no tienen muy claro cuándo puede existir una vulneración de un derecho social, puesto que existen multitud de situaciones en que las prestaciones del Estado queden recortadas de algún modo. Tampoco es claro cuando un individuo afectado está legitimado para reclamar (tiene *standing*). Estos problemas de exigibilidad engendran un círculo vicioso que lleva a la sociedad a ver que los derechos sociales no se cumplen y que por tanto son papel mojado, perdiéndose su fundamentación moral.

Herreros expresa una visión similar. Para él nuestro Derecho procesal está pensado para dar legitimación activa a los individuos y no a los colectivos, que sería lo propio de los derechos sociales; aunque igualmente cree que pueden ser defendidos por vía individual, lo serían en conexión a un derecho de libertad, y por tanto podríamos decir

⁵¹ Recalamos el “ideal”; la realidad del Pacto de San José es que se requiere desarrollo legislativo, a la manera de Cascajo. En COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para...” op., cit., p. 139.

⁵² Aunque Cossío afirma que optar por el cumplimiento de la prestación es “una opción”, da a entender que la posibilidad de realización es necesaria para cumplir su ideal.

que el nivel de exigencia de Herreros va (desde nuestro punto de vista) algo más allá. El autor explica por otra parte que las acciones individuales en conexión con DDFF (que como veremos son las más comunes en nuestro sistema) son útiles para garantizar derechos sociales, especialmente cuando las violaciones son sistemáticas, aunque la protección no recaiga sobre ellos nominalmente.

Las propuestas de Cossío consisten en motivar un cambio social y de visión del Derecho mediante la formación, la reforma judicial y del lado de los afectados, mediante las acciones colectivas o *class actions*. Estas ideas, en particular la última, bien podrían ser importables al contexto español. De manera análoga, Herreros cree que a pesar de los retos los derechos sociales son justiciables si se cambian las reglas de juego. Sin embargo, estas propuestas están enfocadas al medio-largo plazo, al contrario que la reforma constitucional que tenemos como telón de fondo en este trabajo. Por definición, se espera que una reforma constitucional despliegue efectos inmediatos. Los cambios de mentalidad y del sistema jurisdiccional pueden ser más parsimoniosos. Es importante tener estos problemas teóricos en cuenta para ver si en el sistema español tenemos problemas análogos que relativizarían los cambios reales que podría desplegar un blindaje constitucional.

Muy interesante es, por otra parte, la evolución exitosa en la Corte Interamericana que Cossío menciona en su estudio y que nos permite aportar una experiencia comparada exitosa. En el caso de los “cinco pensionistas contra el Perú”⁵³, la Corte dio la razón a los demandantes, quienes reclamaban que el gobierno peruano había incumplido el principio de desarrollo progresivo del art. 26 del Pacto de San José al haber minorado la cuantía de sus pensiones (guardando una gran semejanza con las peticiones de la MERP). Desafortunadamente, el caso no llegó a buen puerto en la vía nacional, que por supuesto es la que tiene la palabra decisiva. Empero, este caso puede suponer un modelo para los tribunales nacionales a seguir en cuanto a legitimación e identificación de infracciones, si bien obviamente no en cuanto a la ejecución efectiva (algo que está fuera del alcance de un tribunal internacional).

3. Los derechos sociales en la Constitución española: los principios rectores.

En nuestra Carta Magna la mayor parte de los derechos sociales de prestación (excluida la educación) se enuncian como Principios Rectores de la Política Económica y Social (Título I, Capítulo III; arts. 39-52). Esta categoría, cuya terminología parecería sugerir

⁵³ Ibidem., p. 129.

que el constituyente piensa más en declaraciones retóricas o programáticas que en derechos, es un cajón de sastre donde se incluyen por igual proclamaciones que se enuncian explícita o implícitamente como si fueran derechos⁵⁴ junto a simples “fines de interés público”.⁵⁵

A la vista está que la prestación de pensiones (art. 50) se proclama como un derecho, pero además Herreros detalla que en caso de no serlo el constituyente habría usado la palabra “promover” en lugar de “garantizar”, como hace acto seguido en relación al ocio de los ancianos. Más importante, señala que el TC ha afirmado que “[H]ablar de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas refiere una prestación identificable, aun cuando puedan ser susceptibles de distintas interpretaciones cuestiones como las condiciones para su percepción o sus cuantías”. La función que desempeñan estos principios rectores es, pues, vital para comprender el estado actual del derecho a las pensiones y la pertinencia de hacer cambios, en especial si éstos no pretenden modificar su pertenencia a dicha categoría.

a. Art. 53 y posibles interpretaciones. ¿Son derechos? Supremacía constitucional (de nuevo) vs Problemas de los “derechos de configuración legal.”

El quid de la cuestión radica en que, a pesar de los indicios que señalan a una posible voluntad del constituyente de proclamar derechos entre algunos de los artículos del Capítulo III, el art. 53 se pronuncia sobre sus efectos, y es bastante contundente:

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. Este régimen contrasta con el aplicado al Capítulo Segundo: reserva de ley, la cual “deberá respetar el contenido esencial”; fiscalización mediante el recurso de constitucionalidad ante el TC; y en el caso de la Sección Primera, también control mediante el recurso de amparo.

Una protección a priori tan débil se aleja de lo que la mayor parte de la doctrina que hemos estudiado propone. Para Carmona, el constituyente eligió esta vía porque era consciente de las dificultades que supone “garantizar la eficacia jurídica” de los derechos sociales si éstos se constitucionalizan. Por ello, evitó consagrarlos como

⁵⁴ HERREROS LÓPEZ, J.M., “La Justiciabilidad...”, op. cit., pp. 80-81.

⁵⁵ BARRERO ORTEGA, A., “Derechos sociales y descentralización política”, Revista Jurídica de los Derechos Sociales, 2013, p.26

“derechos subjetivos accionables ante los tribunales”⁵⁶. Los “derechos” de los principios rectores tomarían la forma, de este modo, de derechos de configuración legal. Pero además según esta autora la CE habría instaurado una “reserva económica de lo posible” que modera los efectos de la proclamación de derechos, restringiendo su efectividad a la existencia de fondos presupuestarios.⁵⁷ Si recordamos las tres dimensiones que Cossío creía necesarias para garantizar los derechos sociales, vemos que en cuanto a las *condiciones de realización* la Constitución Española prevé el segundo nivel de garantía (“normas constitucionales sujetas a legislación de desarrollo y a recursos presupuestales que permitan ese desarrollo legal”)⁵⁸. Además, en cuanto a las *condiciones de exigencia*, el texto constitucional es nítido en cuanto a que sin el oportuno desarrollo legislativo, los derechos son inexigibles.

Las opiniones de Cruz Villalón y Jiménez Campo se encaminan de forma similar a considerar que los principios rectores pueden ser considerados derechos “fundamentalizados” únicamente a partir de las leyes de desarrollo, y no directamente desde la Constitución. Por tanto, sólo el Capítulo Segundo contiene DDFF, puesto que éste es un concepto intrínsecamente constitucional. Para Corchete, ésta es la opinión generalizada en la doctrina respecto al Capítulo Tercero.⁵⁹

Por supuesto, la doctrina y en ocasiones la jurisprudencia han disputado este reconocimiento tan estrecho. Como veíamos, Cascajo creía que los derechos sociales sí tienen un contenido esencial que debe ser respetado por el legislador, aunque el art. 53 lo predique tan sólo de los DDFF del Capítulo II. De hecho, para él este art. 53 es reinterpretable de forma que sea más coherente con la fundamentación axiológica⁶⁰. Para ello recuerda la incoherencia que supondría que hubiese partes de la Constitución sin fuerza vinculativa; en virtud de ley suprema, todo el contenido de la Constitución debe tener fuerza normativa (9.1 CE). Así, distinguir entre derechos y principios no significa que los últimos tienen un valor meramente *informador*. Por el contrario, la diferencia entre ambos se difumina si consideramos que la única diferenciación relevante que se hace es el margen de acción que se permite al legislador⁶¹.

Barrero, a pesar de adscribirse a la teoría material que da una gran importancia

⁵⁶ Recordemos que para Cascajo los derechos sociales tampoco eran derechos subjetivos, pero eso no era óbice para que desplegaran su fuerza normativa a través de la dimensión objetiva.

⁵⁷ CARMONA CUENCA, E., “La consolidación...”, op., cit., p. 6

⁵⁸ Igual que ocurre, por ejemplo, en Argentina. En COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para...” op., cit., p. 136.

⁵⁹ CORCHETE MARTÍN, M. J., “Los nuevos derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, p. 542.

⁶⁰ Para lo que se basa en Revenga. En CASCAJO CASTRO, J.L., “Derechos sociales”, op., cit., pp. 16-18.

⁶¹ Parece que Cascajo no diera tanta importancia a las diferentes garantías jurisdiccionales.

jurídico-moral a los valores inspiradores de los derechos sociales, da la impresión de no tomar riesgos a la hora de estudiar la realidad constitucional. Así, este autor se muestra más pesimista y reconoce que el reconocimiento de una libertad positiva conlleva necesariamente una decisión sobre los presupuestos y por tanto necesita de la acción del legislador (*interpositio legislatoris*, frente al espacio de *agere licere* frente al Estado característico de los derechos de libertad negativa). Según las doctrinas más conservadoras, mediante tal interposición se determinaría cuál es la consecuencia jurídica (que es indefinida si nos atenemos tan sólo al texto constitucional). Este punto de vista es interesante porque aunque interpreta la decisión de devaluar los derechos sociales no acusando al constituyente de sesgo ideológico sino, al igual que Carmona, con base en los dilemas inherentes a su naturaleza conceptual, el autor se mantiene crítico con el sistema actual, y recoge las críticas que aspiran a la subjetivización de los derechos sociales.

Por añadidura, la jurisprudencia constitucional (aunque evidentemente mantiene una posición más conservadora que muchos de los autores aquí expuestos) reafirma que los principios rectores no son papel mojado. Por el contrario, deben ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en su actuación, como afirma la literalidad del art. 53. Esta no es una declaración vacua, sino que supone que están presentes como criterio de constitucionalidad de las “leyes y las restantes normas constitucionales”. También se encuentran protegidos por el principio de rigidez constitucional.⁶² Pero el TC también se ha pronunciado para dejar claro que en cualquier caso la Constitución no puede “constreñir” la libertad del legislador de forma que se cree un sistema unívoco, sino que debe permitirle elegir entre “una pluralidad de situaciones jurídicas diversas”⁶³. Parece que la magistratura constitucional hace énfasis en que el legislador es quien tiene la legitimidad democrática para decidir sobre el “cómo” (paradójicamente el TC reclama menos competencias para sí mismo de las que tendría siguiendo la doctrina contraria. Pero aunque a veces se utilicen estos argumentos para relegar a los principios rectores a la consideración de meros *desiderata* del constituyente⁶⁴, personalmente creo que la

⁶² BARRERO ORTEGA, A., “Derechos sociales...”, p. 26.

⁶³ STC 114, de 6 de julio. En GARCÍA-ATANCE *et al.*, “Principios rectores...”, p. 363. Los autores se adhieren a la teoría de De Esteban y creen que el juicio de constitucionalidad puede recaer sobre los principios rectores, al igual que sobre cualquier otra parte de la CE sin un régimen particular de protección, porque si no cabe imaginar incluso que se actuara en contra de la parte orgánica.

⁶⁴ Esto no es impedimento para que después enumeren las funciones que ejercen estos principios. Por tanto no creen que sean mera retórica inútil, pero sí dicen que “parecen más expresiones de buenos deseos que normas jurídicas *strictu sensu*” en *Ibidem*, p. 362. Es otra muestra de que la doctrina presenta muchísimos matices.

jurisprudencia aún está dejando espacio para que el “qué”, es decir, el contenido mínimo de los principios rectores, aún sea disputable.

Así, Alzaga sostiene la posición menos favorable a los principios rectores. Esta tendencia, se contrapone al establecimiento de un contenido mínimo por el que abogaba Cascajo y que vendría a representar De Esteban.⁶⁵ Esta rama de la doctrina se centra en los arts. 53.1 y 161.1.a) CE con prioridad al 9.1, en lo que podríamos llamar una interpretación más positivista, para llegar a afirmar que incluso si el legislador tuviese a bien negar los derechos prestacionales incluidos en los principios rectores, no habría ninguna provisión constitucional que le impidiese hacerlo.

Como vemos, partimos de un sistema intencionadamente poco garantista hacia los derechos rectores. Por ello, asumir que son “derechos” como se hace en el lenguaje común es una afirmación jurídicamente muy simplista.; lo que ha confirmado los derechos sociales como una nota esencial de nuestro Estado han sido las políticas públicas emanadas de los poderes constituidos. No cabe concebir la propuesta de la MERP si planteamos que los principios rectores constitucionalizados no surten ningún tipo de efecto hasta que el legislador tiene a bien concretarlos mediante normas infraconstitucionales; en todo caso, el marco de la discusión debería ser si deberíamos reformar la categoría de principios rectores o sus estatus jurídico. Creo que al menos parte del debate debería tener en cuenta que, en efecto, aun incrementando las exigencias que enuncie la literalidad del texto constitucional, mientras no se acometan reformas más profundas, el mayor nivel de exigencia podría quedar como una mera declaración retórica.

Sin embargo, también creo que debemos descartar la idea preconcebida de que los principios rectores son enunciados programáticos vacuos. En la presente exposición hemos visto numerosos ejemplos de lo contrario tanto en el art. 53, como en la jurisprudencia, como en la doctrina que se aferra al 9.1. Como mínimo los principios rectores son baremos del juicio de constitucionalidad, que no es poco. Pero además parte de la doctrina afirma que el contenido mínimo es predicable de los principios rectores sin tener que hacer reforma constitucional alguna. Por tanto, aunque sigo considerando que la idea de “blindaje” que se está promoviendo implica un nivel mayor de fiscalización que el establecido en el art. 53, en ningún momento se está diciendo que los principios rectores (tal como están ahora o tras un hipotético blindaje) carezcan de

⁶⁵ Ibidem., pp. 363-364.

razón de ser y margen de efectividad. Hasta los juristas más precavidos consideran que los principios rectores cumplen con una serie de funciones constitucionales.

b. (Otras) funciones de los principios rectores.

García-Atance et al. compilan las funciones de los derechos rectores de la siguiente forma:

-El valor interpretativo. Para estos autores:

“el alcance y grado de mayor o menor eficacia real de los principios rectores, en buena medida dependerá del contenido de progreso social que la práctica judicial refleje; [...] no pueden obligar por sí mismos a una interpretación definida y concreta en el ámbito de política social y económica sí que, al menos, la hacen posible”.

Por tanto, el primer efecto recae sobre los órganos jurisdiccionales, quienes en nuestro ordenamiento no tienen tanto poder como para actuar de legislador activo y “usurpar” competencias presupuestarias, pero sí una guía para la interpretación de los casos ambiguos⁶⁶.

-Eficacia restrictiva: esta “función” sería en realidad, a mi modo de ver, el corolario o nota esencial de todo el debate que veníamos desarrollando. Es aquí donde se pone de relieve que los principios rectores deben realmente tener un contenido mínimo y que *toda* la Constitución vincula a las normas inferiores. El efecto buscado es, pues, que el legislador no pueda actuar en contra de esos contenidos mínimos, y de esta forma moderar la necesidad de desarrollo legal. A pesar de la opinión de Alzaga, la STC 103/1983 de 22 de noviembre hace suyo este planteamiento, y además en relación al sistema de Seguridad Social del art. 41, el cual tiene notorias conexiones con el régimen de otorgamiento de las pensiones:

“No puede ser discutido que del hecho de que **tal precepto otorgue una garantía** en las situaciones de necesidad haya que deducirse que sólo en las situaciones de necesidad la protección se otorga; el derecho del art. 41 CE, (sic) es un *mínimum* garantizado que el legislador, a impulsos de la política jurídica o social puede ampliar” [Negrita añadida]

Otra elaboración jurisprudencial pertinente son las “conquistas sociales irreversibles”, por la que una mejora en los derechos no podría revertirse salvo “razón suficiente”. Esta jurisprudencia (en principio referida a los derechos laborales) puede reforzar la idea de que los principios rectores tienen un papel importante y por tanto el blindaje del art. 50 tendría efectos más o menos automáticos. Para Escobar, esta reserva se circunscribe al

⁶⁶ Siempre que no se ataque el principio de igualdad. STC 114/1987, de 6 de julio, en En GARCÍA-ATANCE *et al.*, “Principios rectores...”, p. 364.

contenido esencial; pero Ferreros⁶⁷ parece sugerir que él sí cree que el contenido adicional puede verse igualmente protegido por esta cláusula.

-Esto nos lleva a la última función, la llamada eficacia habilitadora. Esta vez los principios rectores miran al legislador en vez de al juez. Y en lugar de hacerlo con recelo, se le están dando herramientas para que legisle a favor de los principios. Esto es así puesto que la Constitución es un *todo* que debe interpretarse sistemáticamente. Por tanto la simple existencia de los principios rectores permite que las leyes lleguen más lejos en las acciones encaminadas a su realización práctica, aunque para ello se tengan que recortar otras realidades igualmente protegidas en la Carta Magna, a saber, la propiedad, la libre empresa, etc. García et al. usan la expresión “*in fieri*” y, curiosamente, creen como Cascajo⁶⁸ que este carácter mediato propicia la adaptación a la evolución de la Constitución propia del dinamismo inherente a ella.

Desde este punto de vista, un blindaje contra la privatización podría ser redundante, ya que puede lograrse el mismo efecto mediante un consenso político a nivel legal, y de nuevo la lógica con que cabría justificar la reforma sería más bien de desconfianza hacia el legislador futuro, que podría romper el consenso.

c. Formas alternativas de fiscalización y exigibilidad (amparo indirecto)

Aunque el tenor del texto constitucional se remite únicamente a la fiscalización acometida por los tribunales ordinarios del derecho tal y como se haya configurado legalmente, veíamos que se discute si más allá del art. 53, los principios sociales pueden desplegar efectos en virtud de parte de la unidad indisoluble del texto constitucional (9.1 CE). La consecuencia inmediata sería que podrían ser objeto de protección mediante un recurso de constitucionalidad⁶⁹, pero Díaz Crego señala que estos mecanismos pueden no ser suficientes para salvaguardar los derechos.

Además de estas dos vías existe otra *de facto*: el denominado “amparo indirecto”. Decimos *de facto* porque realmente lo que se presenta ante el TC es una vulneración de

⁶⁷ Realmente Ferreros está hablando de derechos sociales y no de principios rectores, pero puesto que en su mayoría lo uno es también lo otro y en este capítulo realmente estamos hablando de los derechos sociales en la realidad constitucional española, lo traemos a colación aquí. En HERREROS LÓPEZ, J.M., “La Justiciabilidad...”, op. cit., pp. 85-86.

⁶⁸ Aunque Cascajo considere a los derechos sociales *derechos “in fieri”*, y estos autores no los consideran derechos

⁶⁹ Y según Díaz Crego, también pueden dar lugar a un conflicto competencial, aunque eso aquí no nos incumbe. DÍAZ CREGO, M., “Derechos sociales y amparo constitucional”, *R.V.A.P.*, 2012, pp. 18-20

un Derecho Fundamental de los de la Sección Primera, pero con la peculiaridad de poderse alegar también en relación a ello la vulneración de un principio rector. Por tanto, el principio rector sigue siendo de entidad subsidiaria y en ningún caso proporciona legitimación activa.

A pesar de ello, la experiencia práctica ha traído mejoras de los derechos. En especial, el derecho a la no discriminación ha permitido extender derechos sociales a grupos que en principio no gozaban de ellos (por ejemplo de las viudas a los viudos), pero para ello se necesita que primero haya un reconocimiento parcial que resulte discriminatorio (no se reconocen derechos nuevos)⁷⁰. También es reseñable la línea jurisprudencial respecto a la tutela judicial efectiva⁷¹, mediante la cual el TC impone a los tribunales ordinarios un “canon reforzado de motivación” a través del cual se despejan las dudas sobre que los jueces han de tener muy en cuenta los derechos sociales a la hora de interpretar la ley; aunque el propio TC no entra a la elaboración del contenido de esos derechos, sí ha requerido a los tribunales ordinarios que lo hagan. Por último, también ha habido pronunciamientos sobre el sistema de pensiones, los cuales abordaremos en el siguiente capítulo.

4. Las pensiones en la Constitución.

A lo largo de este artículo repasaremos brevemente cómo se conforma el régimen constitucional del derecho a una pensión de jubilación, para después poder estudiar la posible reforma a la luz la teoría de los derechos sociales.

a. Artículos 50 y 41.

El artículo 50 de nuestra Constitución reza lo siguiente:

Los poderes públicos **garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas**, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. [Negrita añadida]

Este artículo presenta una conexión evidente con el art. 43, el cual preconiza un régimen público de Seguridad Social. Entre ambos preceptos se conforma el grueso del régimen de prestaciones sociales en España⁷²

Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

⁷⁰ DÍAZ CREGO, M., “Derechos sociales...”, op., cit., pp. 20-21

⁷¹ *Ibidem.*, p. 38

⁷² *Ibidem.*, p. 31. También en En GARCÍA-ATANCE *et al.*, “Principios rectores..”, op., cit., p. 367.

Podemos observar que si nos atenemos a la literalidad, el régimen de pensiones públicas se proclama de forma bastante contundente. No es de extrañar que algunos autores vean un auténtico derecho en el art. 50. Es más, la actualización de las pensiones ya está incluida en el texto actual. Si recordamos la propuesta de la MERP se pide:

[...]Reformar la Constitución, que **ya establece la garantía de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas**, en el sentido de que se **refuerce**, no solo la prohibición expresa de privatizar las pensiones públicas, sino también la obligación y mandato constitucional (la ley de leyes) inexcusable para los poderes públicos de **mantener el poder adquisitivo** real de las pensiones. [...] ⁷³ [Negrita añadida]

El planteamiento de la MERP suena algo equívoco, ya que parten de reconocer que el artículo ya habla de protección e incluso actualización y por tanto se diferencia de la propuesta únicamente en el grado de protección. Por otro lado, es notorio que la legislación de desarrollo y los presupuestos han hecho involucionar el derecho a una pensión y el especial la previsión de actualizarlas. Al contrario, una de las medidas con mayor repercusión de las tomadas durante la crisis ha sido la “congelación” de las pensiones, es decir, la desvinculación del IPC, sin que su implantación fuese tumbada de algún modo por ser inconstitucional. Parece que no operaron ninguna de las posibles garantías del principio rector, ni se consideró que era una “conquista ganada” o que se vulneraba el “desarrollo progresivo” del derecho. ¿Por qué iba a tener mayores efectos un artículo más contundente en su prosa, si tal y como está se incumple sistemáticamente?⁷⁴ ¿No tendría más sentido apostar por una reforma más radical?

b. Legislación de desarrollo. Breve panorámica de las políticas públicas en materia de pensiones.

En España el sistema de Protección Social se divide entre Seguridad Social (SS) y Asistencia Social (AS). La distinción era clara hasta la entrada en vigor de la Constitución, pero hoy día el régimen resulta confuso, ya que muchas las prestaciones que la SS ha ido asumiendo presentan el carácter no contributivo, en su época exclusivo de la AS. Según Carmona⁷⁵, el criterio diferenciador es que la SS debe cubrir algunas de las contingencias previstas en el Convenio nº 102 de la OIT, y distinguir las es relevante puesto que la AS es competencia exclusiva de las CCAA. Respecto a la forma de financiación, desde 2013 las no contributivas son sufragadas íntegramente mediante impuestos, mientras que las contributivas como su nombre indica son pagadas con las

⁷³ Artículo 1 en <http://www.merp.es/merp/argumentario> (vista el 28 de junio de 2018)

⁷⁴ Como vamos a ver en Gomes Canotilho, es posible incluso que un artículo más detallado pueda tener efectos contraproducentes y ser menos eficaz.

⁷⁵ CARMONA CUENCA, E., “Los derechos...”, op., cit., pp. 191-192.

cotizaciones sociales de trabajadores y empresarios⁷⁶.

Por tanto, en la SS conviven tanto pensiones de carácter contributivo como no contributivas. Estas últimas son de carácter residual por su cantidad (aunque obviamente desempeñan un papel socialmente importante, al evitar o tratar de evitar que haya personas en situación desvalida). Según el Banco de España, las contributivas suponen el 60% de las pensiones y el 68% del gasto correspondiente a la jubilación y la tendencia es a que aumenten⁷⁷.

Como dijimos en la introducción, para mayor afán de concreción nos estamos centrando en las primeras, aunque existan multitud de notas en común aprovechables para un estudio sobre las segundas. Un detalle que podemos traer a colación sobre las pensiones no contributivas es que han sido consagradas como derecho subjetivo exigible en su ley de desarrollo (Ley 26/1990).⁷⁸ Se deduce, pues, que serían exigibles ante un tribunal en caso de que la Administración no cumpliera con su deber de proveerlas, pero ya que este derecho emana de su ley, esto no es garantía de que la vertiente objetiva del principio rector vaya a ser respetada, como ya hemos visto que no lo ha sido en el pasado. Por tanto no se cumple aún el propósito de establecer un mínimo indisponible para el legislador, pero conformar las no contributivas como un derecho ya es un paso adelante que se podría exportar a las contributivas.

El fundamento de las pensiones contributivas reside que una vez que se produce una de las situaciones de contingencia previstas, se genera el derecho de prestación automáticamente a cualquier persona, sin necesidad de probar una situación de necesidad. Las pensiones contributivas:

“[...] se calcula[n] en función del historial laboral del individuo (años cotizados y bases a las que cotizó), es decir, bajo un criterio contributivo y de prestación definida. Además, la cuantía de las pensiones debe situarse dentro de una banda fijada por ley, determinada por unos niveles de pensión mínima y uno de pensión máxima”

En este sentido, el derecho a una pensión destacar por tener una vocación de universalidad en lugar de tratar de buscar la discriminación positiva. En relación a esto subyace el sentimiento social expresado por Zubiri⁷⁹ de que de algún modo las

⁷⁶ HERNÁNDEZ DE COS, P.; FRANCISCO JIMENO, J. y RAMOS, R., *El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma*, Banco de España, Madrid, 2017, p. 12.

⁷⁷ HERNÁNDEZ DE COS, P.; FRANCISCO JIMENO, J. y RAMOS, R., *El sistema público...*, op. cit., p. 14.

⁷⁸ CARMONA CUENCA, E., “Los derechos...”, op., cit., p. 193.

⁷⁹ ZUBIRI ORIA, I., *El Futuro del Sistema de Pensiones en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, p. 18

pensiones contributivas se “devuelven”, ya que se financian principalmente a través de contribuciones sociales (*de facto* un impuesto al trabajo), con lo que la labor que el Estado estaría realizando sería más bien la de sustituir al individuo en la gestión de sus ahorros a lo largo de su vida, actuando de forma *paternalista* (no necesariamente en el mal sentido).

El régimen jurídico de las pensiones ha sufrido numerosas reformas desde el inicio de la democracia. Según el Banco de España, la primera se acometió en 1985, pero no logró poner freno a la insostenibilidad financiera generada por el cambio demográfico. Con objeto de solucionar este desajuste, en 1994 el Pleno del Congreso se dirigió a la Comisión de Presupuestos para solicitar la elaboración de un informe exhaustivo sobre la materia. De esta forma se realizó el afamado “Pacto de Toledo”, un acuerdo que serviría de base para el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social firmado por Gobierno y sindicatos y posteriormente para la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1997.

También en esta época se promulga el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) mediante Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

El Pacto de Toledo fue celebrado en su momento por los analistas, pero no se consideraba un instrumento de consenso útil a largo plazo. El propio texto autolimitaba su vigencia a cinco años. Esto se puede reafirmar observando que una de sus propuestas era revalorizar las pensiones en función del IPC que se previera, característica que ya ha sido derogada. Pero que no estuviese planteado para el largo plazo no le resta importancia al hito que es demostrar que puede darse un consenso parlamentario y político estable en el tiempo y legitimador de unos mínimos compartidos por toda la sociedad (ya sea para dotarles de contenido en un sentido o en otro). No en vano el Pacto fue invocado hasta la saciedad en el discurso político como ejemplo del valor del consenso. Algunas otras reformas incluidas en el pacto dignas de señalar son la creación del Fondo de Reserva de la SS o el aumento del número de años trabajados tenidos en cuenta para el cálculo de la pensión⁸⁰. También se hace hincapié en mantener el sostenimiento de las pensiones mediante cotizaciones⁸¹.

Con posterioridad se sucedieron la ley 35/2002, que fue refrendada por otro acuerdo con patronal y sindicatos, y una revisión del Pacto cuando pasó el plazo de cinco años,

⁸⁰ BANCO DE ESPAÑA, *La reforma del sistema de pensiones en España*, 2009, p. 2.

⁸¹ Lo cual Zubiri considera pernicioso a lo largo de todo su libro, pero más explícitamente en la conclusión f) de ZUBIRI ORIA, I., *El Futuro...*, op. cit., p. 146.

la cual profundizó en los retos y se hizo eco de la dimensión europea del problema. Un nuevo acuerdo dio pie a la Ley 40/2007, que modificó el cómputo de los días de jubilación y retrasó la jubilación parcial⁸².

Bien entrada la crisis, se acometieron reformas que podríamos llamar estructurales. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social aumentó la edad de jubilación de los 65 a los 67, los años cotizados contabilizados de 15 a 25 y el estableció el requerimiento de haber cotizado 37 años para acceder a la pensión máxima.

Por su parte, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. Como su nombre indica, esta norma sustituye el IPC como baremo para la actualización por el llamado “factor de sostenibilidad”. Éste “se deriva del balance entre los ingresos y los gastos del sistema, si bien la revalorización de las pensiones no puede ser inferior al 0,25 % ni superior al resultado de sumar 0,50 % al incremento del IPC”⁸³. Tiene en cuenta también la esperanza de vida, pero sin compararla con la edad real a la que se jubila la persona sino con el estándar de 67 años. Finalmente, se promulga la ley de SS vigente mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Tales cambios legislativos despliegan una considerable virtualidad en el campo de la teoría de los derechos, aunque ahora estemos exponiendo detalles más prácticos. No se nos escapa que el factor de sostenibilidad es un criterio muy dudoso para “garantizar pensiones periódicamente actualizadas”. Al cargar sobre los hombros de los pensionistas la responsabilidad de la situación demográfica, acercándonos a los modelos en los que se hace una suerte de apuesta sobre cuántos años se va a vivir, desde luego nos estamos alejando de lo que parece que es el contenido del principio rector. Aquí es donde se proyectan todas las dudas sobre si los principios rectores son exigibles, o siquiera sin llegar tan lejos, si existe un contenido mínimo que tumbe mediante juicio de constitucionalidad al factor de sostenibilidad. Puesto que a todas luces la inclusión de este factor no parece que sea cuestionado jurídicamente hasta tal punto, se entiende la incompreensión ciudadana de la distancia enorme entre la literalidad del texto constitucional y la de las leyes de desarrollo. De ahí que sea bastante lógico que exista una demanda social de garantizar que la *actualización* sea una realidad efectiva, aunque

⁸² BANCO DE ESPAÑA, *La reforma...*, op. cit., p. 3.

⁸³ HERNÁNDEZ DE COS, P.; FRANCISCO JIMENO, J. y RAMOS, R., *El sistema público...*, op. cit., p. 15.

como antes opinábamos quizá hacerlo mediante el mismo mecanismo constitucional pueda suponer una petición de principio.

Por último, y no habiendo pretendido ser exhaustivos en nuestra enumeración de las sucesivas reformas, cabe mencionar el papel que la UE ha asumido en la materia. La organización internacional se ha sentido muy preocupada por la situación a nivel de la Unión pero particularmente de España, exigiendo un mayor saneamiento de las cuentas públicas a nivel general y recortes de pensiones en particular. Recientemente ha lanzado unas recomendaciones exhortando al antiguo gobierno del Partido Popular a revertir la subida parcial⁸⁴. Aunque las recomendaciones no tienen valor jurídico vinculante, la UE tiene *auctoritas* y un poder fáctico que no se limita al jurídico, siendo las labores de coordinación de gran importancia para el buen funcionamiento de una economía de mercado único.

Esta línea política contrasta vigorosamente con las alabanzas que genera la dimensión jurídico-social de la integración europea entre algunos juristas. En particular, Fernández Segado ha señalado que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ahora tiene el mismo valor jurídico que los tratados constitutivos, dedica un capítulo a la solidaridad repleta de derechos relativos al trabajo y a la Seguridad Social. Por tanto vemos que existe una paradoja puede que mayor, puesto que la UE “constitucionaliza” la SS a un mayor nivel que el Estado español, pero en la esfera política es menos generosa. Se tome la vía política y económica que se tome, la UE va a estar ahí como entidad política supraestatal y sobre todo como organización internacional cuyas normas se integran en nuestro ordenamiento e informan la interpretación de los derechos a través del 10.2 CE, así que no debe ser olvidada a la hora de proponer reformas constitucionales, puesto que en gran medida ni el poder constituyente es tan libre como antaño.

c. Sustrato económico y conceptos relevantes.

Por supuesto, la complejidad del Estado constitucional inserto en un mundo globalizado y de integración regional no es la única esfera de conocimiento que aporta complejidad a lo que los atañe. A lo largo de este trabajo hemos visto cómo los derechos sociales son en muchas (demasiadas) ocasiones entendidos como derechos que van a la deriva según la marcha económica. Hay que decir que en algunos derechos aledaños se han llegado a contruir interpretaciones jurisprudenciales que limitan el derecho ponderándolo con la

⁸⁴ Prensa: <https://www.20minutos.es/noticia/3347892/0/recomendaciones-especificas-espana-semester-comision-europea/>; <https://cdn.20m.es/adj/2018/05/23/3944.pdf> (visto el 20 de junio de 2018)

libertad de mercado; estamos pensando en el derecho del trabajo, cuya positivación en el texto constitucional termina de contribuir en ahondar esa dicotomía entre lo constitucional y lo práctico. Sin embargo, aunque no se pretende (ni se podría) convertir este estudio en un tratado sobre Hacienda Pública, podemos traer algunos conceptos de esta materia para estudiar no ya el *si* es posible desvincular la realización efectiva de los derechos de la economía, sino la existencia diferentes *cómos*. Para ello nos apoyaremos en Zubiri⁸⁵.

Por ejemplo, antes nos referíamos a las formas de financiación. Zubiri plantea que las cotizaciones sociales son perfectamente sustituibles por impuestos generales, deuda pública, o en parte por los réditos del Fondo de Reserva. Para él, hacer esto permitiría mantener la sostenibilidad, aunque se arruinase la percepción de que las pensiones se “devuelven”.⁸⁶ Lo interesante es que cada una de estas legítimas opciones crea ganadores y perdedores económicamente hablando. Así, si se sufragasen con impuestos, realmente los pensionistas también estarían pagando de nuevo y se quebraría la idea de solidaridad intergeneracional.

Medidas de este tipo requieren visión política y técnica y se llevan mal con la rigidez de un texto constitucional. Aunque evidentemente la MERP no propone constitucionalizar con tanto nivel de detalle, es posible que el blindaje de aspectos puntuales de la controversia dé lugar a efectos inesperados por otra parte. Por ejemplo, subir la edad de jubilación supone un ahorro para el Estado en la medida en que quienes antes recibían pensiones ahora contribuyen. Por tanto una medida como ésta puede ayudar a mantener el nivel adquisitivo de las pensiones, pero obviamente muchos de los simpatizantes de la MERP muy legítimamente no estarían de acuerdo con esta medida. Es difícil controlar todos los factores de la operación.

Otro factor suelto es que, realmente, la cuantía de las pensiones se vincula indirectamente a la marcha de la economía puesto que se calcula en base a los salarios. Cuando una persona se jubila, la calidad de su pensión necesariamente dependerá de la que haya tenido su salario mientras trabajaba, y esto no garantiza que sea “suficiente” como predica el art. 50. A pesar del lugar común, las tasas de cobertura españolas son de las más altas de Europa, lo que significa que la gente se jubila con una buena parte de su salario. Pero la cuantía en sí es una cuestión más trascendental que fijar una actualización (aunque evidentemente, el actualizar según el IPC u optar por congelar

⁸⁵ Teniendo en mente que el libro se escribió en 2003.

⁸⁶ Haciendo predicciones que probablemente fueran superadas para mal por la crisis.

supone una gran diferencia para muchas familias).

Cabe destacar también que Zubiri vio en el Pacto de Toledo un intento de incentivar fiscalmente los planes de pensiones privados complementarios (capitalizados).⁸⁷ Resulta interesante que crea que no iban a surtir un efecto relevante mientras la tasa de cobertura pública fuese alta. ¿Cómo se diagnosticaría un caso así si la Constitución prohibiese expresamente la privatización de las pensiones? ¿Se vulneraría si los gobiernos hiciesen una mala gestión del dinero de las pensiones?

Al respecto de la privatización, simplemente decir que desde los datos que da Zubiri, puede haber razones para fundamentar constitucionalmente su limitación. El análisis histórico que hace muestra que el paso lógico es hacia el sistema de reparto, y no salir de él, que siempre ha sido más problemático puesto que puede hacer perder a la gente derechos adquiridos. Además, aunque asumamos que un sistema capitalizado pueda ser perfectamente viable, también es posible que los mercados colapsen y, en caso de que la responsabilidad recaiga sobre los pensionistas, terminamos de dilapidar la certeza de algo tan importante como es una prestación vital y todo rastro de que sea un derecho.

d. Jurisprudencia constitucional.

Por desgracia para el objeto de este trabajo contamos con poco material jurisprudencial que recaiga directamente sobre las pensiones⁸⁸, debido a las trabas teóricas y prácticas que el acceso a los tribunales supone en relación a estos derechos. Aun así, en primer lugar García-Atance *et al.* desgranar las notas características más importantes que la jurisprudencia del TC ha extraído de los arts. 41 y 50. Estas son: la libertad del legislador para elegir entre una pluralidad de opciones, el carácter público y el establecimiento de un *mínimum* garantizado al menos en el art. 41⁸⁹. Se dice que régimen de la SS es público no por ello haciendo referencia a la imposibilidad de una privatización parcial, sino simplemente afirmando que el Estado debe ignorar la capacidad económica de los afiliados⁹⁰.

Pero además podemos pronunciarnos aquí brevemente sobre las sentencias explicadas por Díaz Crego en su análisis del amparo indirecto y en particular el derecho a la igualdad. No en vano, el límite que pone el TC a la libertad de elección del legislador es la no discriminación⁹¹.

⁸⁷ P. 130

⁸⁸ Además de la jurisprudencia comparada del caso de los cinco pensionistas contra Perú.

⁸⁹ En GARCÍA-ATANCE *et al.*, “Principios rectores.”, op., cit., pp. 367-369.

⁹⁰ STC 103, 104 y 121/1983; 209/1986, todo en *Ibidem*.

⁹¹ STC 114/1987 de 6 de julio, *Ibidem*.

Éste ha sido usado con escaso éxito, pero ha logrado resultados positivos cuando las discriminaciones se basaban en “categorías sospechosas” como el sexo, la nacionalidad o las opiniones políticas. Por tanto los tribunales siguen extendiendo los derechos sólo de manera relativa, en base a una discriminación preexistente.

A pesar de ello, sí ha habido pronunciamientos sobre el régimen de pensiones de la SS en abstracto. De este modo, la STC 100/1990, iniciada mediante cuestión de constitucionalidad, dice que (en palabras de Díaz Crego)⁹²:

[...] la suficiencia de las pensiones **no debe analizarse en relación con cada pensión singular**, sino teniendo en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, así como las «circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales» [Negrita añadida]

Y la STC 134/1987, de 21 de julio, también con motivo de una cuestión de constitucionalidad: “En la misma línea, la exigencia de actualización periódica de las pensiones **tampoco se ha traducido en una obligación de incrementarlas anualmente**”. [Negrita añadida] En efecto, tenemos aquí la confirmación judicial de que el art. 50 no despliega efectos directos en cuanto a la actualización (o más bien despliega unos efectos cuya interpretación está muy abierta y queda difuminada) y en cuanto a la suficiencia, ésta se predica del sistema en su conjunto, pudiéndose apreciar de nuevo una analogía con la jurisprudencia sobre el derecho al trabajo.

5. El blindaje constitucional. La Constitución *dirigente*.

En último lugar, reservamos un capítulo para una vertiente de la teoría constitucional que puede resultar en gran medida meramente tangencial al asunto de los derechos sociales, pero que nos puede ayudar a hacer las conclusiones de este estudio más fructíferas. Vamos a hablar de la conveniencia o no de tener una Constitución detallada, “blindada”, en abstracto.

Para ello vamos a recurrir a la teoría de la Constitución “*dirigente*” elaborada por el jurista portugués Gomes Canotilho, así como a la interpretación que hace Torres Muro⁹³. Según éste último, el nivel más alto de fundamentación jurídica debe rehuir los detalles, al contrario de lo que viene siendo habitual, especialmente en el contexto

⁹² DÍAZ CREGO, M., “Derechos sociales...”, op., cit., p. 32

⁹³ Aunque Torres Muro aplica su teoría a los Estatutos de Autonomía, lo hace comparándolos con las constituciones y criticándolo cuando intentan comportarse como una, por lo que hay material útil para esta discusión.

latinoamericano⁹⁴. Llega incluso a insinuar que la “exuberancia” es fruto de un pensamiento marxista que emula las pseudoconstituciones del llamado socialismo real, mientras que la Constitución (no los Estatutos) permanece como ejemplo de texto liberal.

Canotilho, en efecto, distingue en su trabajo entre la vinculación del poder constituyente a través de límites (la opción más correcta) y la vinculación material, propia de un texto dirigente⁹⁵. Este tipo de Constituciones tal y como decía Torres Muro pueden esconder en su “metanarratividad” una comprensión de la sociedad y el Estado que va más allá de abrazar la utopía (se entiende, aunque su estilo no es diáfano sino interpretable, que implican una arrogancia de estilo totalitario). La elevación del Estado como director de la política y la economía supondría un desconocimiento de la sociedad plural y además presupone una soberanía anacrónica en el mundo globalizado e interdependiente de hoy (como observábamos respecto a la UE).

Aunque esta postura pueda parecer algo extrema, el prestigioso jurista también ve señas de “razonabilidad” en el debate. Menciona la discusión iniciada por Lerche en torno a si el constituyente debe vincular teleológicamente al legislador en algunos aspectos. Curiosamente, Canotilho sí considera legítima la pregunta de Lerche puesto que se planteaba sobre la igualdad de sexos en la República de Weimar, y por tanto no para “constituciones programáticas ni socializantes”. Cabe preguntarse hasta qué punto nuestra Constitución es programática (para Torres Muro no lo era), pero también si lo seguiría siendo tras el blindaje propuesto y/o si se aplicara la misma propuesta a otros derechos. ¿Hasta qué punto es beneficiosa esta vinculación teleológica? ¿Realmente hay una diferencia tan clara entre lo programático y lo liberal?

Canotilho también toca puntos que justificarían que se dejase la decisión sobre los detalles del régimen de pensiones a los políticos. Para él si asignamos “tareas” al Estado, y además las convertimos en tareas constitucionales, nos alejamos del modelo según el cual la Constitución se compromete a garantizar la paz y el orden y el resto es cosa del poder constituido. Pero incluso si se le asignan tareas constitucionales, éstas pueden variar entre conformar una lista detallada o ser una carta en blanco.

También alerta contra los problemas de entender la eficacia directa e inmediata de forma obtusa, puesto que hay ocasiones en las que la *interpositio legislatoris* es

⁹⁴ En una afirmación que nos sirve para aportar una visión crítica al análisis de los tribunales latinoamericanos de Cossío.

⁹⁵ TORRES MURO, I., “Derechos Sociales...”, op., cit., pp. 92-94.

necesaria.

En el plano más normativo e incluso teórico-político, Canotilho distingue entre “ética de la convicción” y de la “responsabilidad práctica”, y llama al “sosiego normativo” frente a la proclamación de arengas que el constituyente no tiene intención de llevar a cabo. Lo curioso es que de esto deriva que está a favor de que se controle la inconstitucionalidad por omisión: “[...] el instituto de la inconstitucionalidad por omisión debe mantenerse, no para deslegitimar Gobiernos y Asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida.”⁹⁶

Todo lo anterior no es óbice para que Canotilho se considere defensor de los derechos sociales y de su inclusión en la Constitución. El límite se estaría traspasando cuando la concreción constitucional de tales derechos *blinda* una determinada política pública (por ejemplo, la educación sería un derecho, pero la gratuidad no).

Personalmente, creo que este autor es en exceso contundente en algunos puntos, pero me parece un buen contrapunto a la mayoría de la doctrina que hemos estudiado. Sin duda la cuestión del blindaje es problemática, y no es garantizadora de efectos positivos sino sólo un engranaje de una maquinaria mucho más compleja. De este modo, la conclusión que podemos sacar es que no todo tiene por qué ser Constitución. Torres Muro hace referencia al sistema británico, sin Constitución escrita, que a pesar de ello ha garantizado un Estado del Bienestar (*Welfare State*) de alto nivel durante décadas⁹⁷. Aunque el autor dice no proponer ese modelo, lo usa como contraejemplo de que existen Constituciones entendidas como *instruments of government* las cuales tienen la ventaja de no operar como un corsé que obstaculiza la puesta en marcha de políticas públicas. Paralelamente, cuando Carmona explicaba los principios rectores interpretaba que nuestro modelo pone el Estado social en manos de la legislación y de la Administración más que de la Constitución, lo que nos acerca en cierto modo a ese modelo⁹⁸.

6. Conclusiones

A la luz de las discusiones expuestas, creo que la propuesta de la MERP, aun siendo

⁹⁶ GOMES CANOTILHO, J. J., “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo” [sic], *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995, p. 19.

⁹⁷ TORRES MURO, I., “Derechos Sociales...”, op., cit., p. 95.

⁹⁸ CARMONA CUENCA, E., “La consolidación...”, op., cit., p. 7.

respaldada por juristas, adolece de cierta imprecisión jurídica. Esto no tiene por qué ser malo, puesto que esta iniciativa política dice buscar la transversalidad, y focalizarse en el asunto del blindaje sin tratar de abarcar otros temas más espinosos es una estrategia coherente con tal objetivo.

Sin embargo, aunque creo que hacen un buen diagnóstico del sentir social que por una parte es constitucionalista pero por otro ve las lagunas y los límites de los que la Constitución se aqueja en especial en materia social, el resultado podría ser contraproducente.

En primer lugar, porque la garantía efectiva de los derechos sociales en cuanto concepto implican una serie de problemáticas que no se pueden obviar. No creo para nada que estos escollos sean insalvables, y me han convencido los autores que hablan de una percepción desmejorada de los derechos sociales que es injusta. Si bien la parte que más me ha convencido es la que expone que el sistema jurisdiccional está orientado a la exigibilidad de los derechos de libertad y no tanto de los prestacionales en sentido estricto, no pienso que la situación sea ésta única o principalmente porque impere una determinada ideología hegemónica, sino también porque los problemas inherentes a los derechos sociales están ahí (los problemas de legitimidad democrática que supone que un juez controle los presupuestos, por ejemplo). Si se me permite esta postura ecléctica, considero que obviar esta panorámica puede hacer que los cambios en materia de derechos sociales resulten estériles, quedándose en cambios cosméticos.

En segundo lugar, la peculiar configuración de la parte dogmática de nuestra Constitución también es un asunto a tratar. Aunque, como hemos visto, considerar que los principios rectores no despliegan ningún efecto es un error mayúsculo, también es cierto que es evidente que el régimen de garantías contemplado en el art. 53 se aleja completamente de lo que se entiende por derecho. Además, los principios rectores son en cierto modo una anomalía política, ya que la gente de a pie en muchas ocasiones no conoce su significado y eso empobrece el debate en torno a ellos. Por consiguiente, creo que las propuestas más consistentes serían o bien eliminar la diferencia de trato en la Constitución (con todo lo que implicaría un cambio tan trascendental) o bien abogar por utilizar los medios que la doctrina ha establecido que están en nuestro poder dentro del marco constitucional actual (cuestiones de inconstitucionalidad, contenido mínimo, etc). En cualquier caso, no veo qué recorrido tendría simplemente cambiar la literalidad, puesto que la propia MERP reconoce que la suficiencia de las pensiones y su actualización ya están incluidas en el art. 50 y sin embargo no se cumplen.

En tercer lugar, se debería hacer pedagogía sobre los distintos tipos de política económica que se pueden acometer. Es posible que blindar ciertos puntos no pueda impedir o incluso facilite que el derecho quede mermado por otra parte, ya que en muchas decisiones económicas hay ganadores y perdedores. Por supuesto esto iba a ocurrir igualmente si se deja en manos del legislador, pero la propuesta de blindaje puede llevar a equívocos.

Y finalmente, está la teoría de Canotilho según la cual el nivel de detalle en la Constitución es mejor cuanto menor. No podemos compartir su dimensión normativa, según la cual una Constitución programática convierte a un Estado en casi totalitario, pero la técnica es muy interesante. Como hemos visto en España, es cierto que el derecho al trabajo, que está constitucionalizado, ha sido un ejemplo de derecho que habría estado mejor fuera del catálogo constitucional, ya que la manifiesta imposibilidad de garantizarlo por desgracia ha propiciado más bien un cierto descrédito de la Carta Magna entre la sociedad.

Con esto no quiero decir que esté en contra de la propuesta *per se*, como decía al principio de las conclusiones. De hecho, desde mi punto de vista probablemente la redacción del art. 50 mejorase y fuese más garantista (en especial frente a la privatización, que es un elemento que ahora no está⁹⁹), y aunque no lo fuera plantaría las semillas del debate público. Simplemente he pretendido utilizar su planteamiento como pretexto para indagar en un debate viejo y analizar el estado de la cuestión.

Sea como fuere, es claro que los derechos sociales son la piedra de bóveda de nuestro Estado del bienestar y, se garanticen de la forma que se garanticen, son necesarios, en particular las pensiones, si queremos tener una sociedad que se preocupa de sus mayores.

BIBLIOGRAFÍA

- ARSUÁTEGI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista Derecho del Estado*, 2010, pp. 45-63
- BANCO DE ESPAÑA, *La reforma del sistema de pensiones en España*, 2009
- BARRERO ORTEGA, A., “Derechos sociales y descentralización política”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2013, pp. 25-33.
- CARMONA CUENCA, E., “Los derechos sociales de prestación y el derecho a

⁹⁹ Es posible que ese asunto diese lugar a su vez a nuevos problemas respecto a la libertad económica, etc. Pero podemos recordar el concepto de “función restrictiva” de García-Atance *et al.*

- un mínimo vital”, *NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, [no consta el año], pp. 172-197.
- CARMONA CUENCA, E., “La consolidación del estado social en España. El estado asistencial”, *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, 2006, pp. 172-197.
 - CASCAJO CASTRO, J.L, “Derechos sociales”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2009 pp. 11-35.
 - CORCHETE MARTÍN, M. J., “Los nuevos derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, pp. 535-556.
 - COMISIÓN EUROPEA. *Country Report Spain 2018 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, 2018. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-spain-en.pdf> (visto el 10 de julio de 2017)
 - COSSÍO DÍAZ, J.R., “Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México” [No consta la revista] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/8.pdf> (visto el 10 de julio de 2018), pp. 127-149.
 - DÍAZ CREGO, M., “Derechos sociales y amparo constitucional”, *R.V.A.P.*, 2012, pp. 17-57.
 - FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La solidaridad como principio constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, pp. 139-181
 - GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M^a V.; GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A.; NAVAS CASTILLO, A.; REBOLLO DELGADO, L. VODAL PRADO, C. “Principios rectores de política social y económica”, *Derecho Constitucional III: Derechos y Libertades*, Colex, Madrid 2003
 - GOMES CANOTILHO, J. J., “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo” [sic], *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995 (<http://www.jstor.org/stable/24881974>)
 - HERNÁNDEZ DE COS, P.; FRANCISCO JIMENO, J. y RAMOS, R., *El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma*, Banco de España, Madrid, 2017. Disponible en

- <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosOcasionales/17/Fich/do1701.pdf> (visto el 30 de julio de 2018)
- HERREROS LÓPEZ, J.M., “La Justiciabilidad de los Derechos Sociales”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 2011, pp. 78-92.
 - MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para una teoría de los derechos sociales (Discusión doctrinal)”, *Anuario de filosofía del derecho*, 2005, pp. 265-290.
 - SÁNCHEZ MEDERO, G.; TAMBOLEO GARCÍA, R., “Política y Derechos sociales en tiempos de crisis en España”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2013, pp. 239-253. DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i15.95>
 - TORRES MURO, I., “Derechos Sociales y Comunidades Autónomas”, *Foro, Nueva Época*, 2012, pp. 87-108
 - ZUBIRI ORIA, I., *El Futuro del Sistema de Pensiones en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.
-
- <http://www.merp.es/merp/argumentario> (visitada el 28 de junio de 2018)
 - <http://www.merp.es/quienes-somos> (visitada el 28 de junio de 2018)
 - <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/9201500/06/18/AMP-Unidos-Podemos-dice-que-ligar-ya-pensiones-al-IPC-seria-un-buen-gesto-y-PSOE-remite-al-dialogo-social.html> (consultado el 15 de junio de 2018)
 - <https://www.20minutos.es/noticia/3347892/0/recomendaciones-especificas-espana-semester-comision-europea/> (visto el 20 de junio de 2018)