

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO



**DERECHOS SOCIALES:
EXIGIBILIDAD Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho en el marco del
Programa “Pasado y Presente de los Derechos Humanos”

RODRIGO GUILLERMO BUSTOS BOTTAI

Directora

Dra. D^a ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

SALAMANCA, Octubre de 2009

A Fabiola, mi compañera

A Amanda, nuestra hija

*La utopía está en el horizonte.
Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y
el horizonte se corre diez pasos más allá.
¿Entonces para que sirve la utopía?
Para eso, sirve para caminar.*
Eduardo Galeano

*“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e
interdependientes y están relacionados entre sí.
La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos
en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de
igualdad y dándose a todos el mismo peso”.*
Declaración y Programa de Acción de Viena,
en el marco de la Segunda Conferencia Mundial sobre
Derechos Humanos de Naciones Unidas,
del 25 de junio de 1993, apartado 1.5.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	IX
PREFACIO	XIII
INTRODUCCIÓN	1
INTRODUZIONE	11
CAPÍTULO I	19
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: LAS TRANSFORMACIONES DE UN DISCURSO	19
1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	19
1.1.- Antecedentes de los derechos sociales	19
1.2.- La Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa: la consagración de los derechos civiles	22
1.3.- Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional e internacional	26
1.4.- El surgimiento del Estado social de Derecho	31
1.5.- Críticas al Estado social y crisis del Estado de Bienestar	36
2.- Acerca de la noción de generaciones de derechos	38
2.1.- Origen del concepto	38
2.2.- Críticas al concepto de “generaciones de derechos”	40
2.3.- Propuesta alternativa para describir la evolución de los derechos humanos	42
CAPÍTULO II	45
LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	45
1.- Los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la DUDH y en el PIDESC	45
2.- Las obligaciones del PIDESC en las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en las observaciones finales a los informes de los Estados	50
2.1.- Realización progresiva de los derechos del Pacto y obligación de adoptar medidas	51
2.2.- Prohibición de regresividad y medidas restrictivas	55
2.3.- Cumplimiento de niveles mínimos de los derechos del Pacto	56
2.4.- Principio de no discriminación	57

3.- Políticas económicas y realización de los derechos sociales: pautas y directrices del Comité de DESC	62
4.- Los sistemas de protección existentes en los tratados internacionales de los derechos humanos y el protocolo facultativo al PIDESC	71
4.1.- Los sistemas de protección existentes en los tratados internacionales de derechos humanos y la necesidad de adoptar un protocolo facultativo al PIDESC	71
4.2.- El Proyecto de Protocolo Facultativo: antecedentes	74
4.3.- El Protocolo Facultativo al PIDESC: cuestiones más relevantes	79
a) Consideraciones generales	79
b) Derechos protegidos	80
c) Reservas	80
d) Actos u omisiones que pueden ser objeto de una comunicación	81
e) Legitimación activa	82
f) Requisitos de admisibilidad	83
g) Medidas provisionales y medidas de protección respecto a posibles represalias	84
h) Solución amistosa	85
i) Procedimiento de investigación	85
j) Dictamen y seguimiento	86
k) Asistencia y cooperación internacionales	86
l) Comunicaciones entre Estados	87
5.- La incorporación de los DESC en otros tratados internacionales de derechos humanos y en las normativas dictadas por organismos de la ONU	87
6.- La utilización de los tratados de derechos humanos por parte de la Justicia Constitucional para proteger los derechos económicos, sociales y culturales	90
6.1.- Utilización de disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos	90
6.2.- Utilización de observaciones generales y del sistema de informes del Comité del PIDESC o de otros órganos encargados de velar por el cumplimiento de tratados de derechos humanos.	94
CAPÍTULO III	97
LOS DERECHOS SOCIALES Y SU PROTECCIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	97
1.- Integración europea, derechos humanos y Estado social	97
2.- El sistema de protección de los derechos económicos, sociales y culturales establecido en el marco del Consejo de Europa	99
2.1.- El rol del Consejo de Europa en materia de derechos humanos	99
2.2.- La Carta Social Europea: el primer paso en la evolución de la Europa Social	102
2.2.1.- Derechos consagrados y valor jurídico de los mismos	103
2.2.2.- Mecanismos de control establecidos en la CSE y en la CSE revisada	107
2.2.2.1.- Sistema de informes	108
2.2.2.2.- Reclamaciones colectivas	111
2.2.2.3.- Perspectivas futuras de la CSE	112
2.3.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su protección de los DESC	113

3.- Evolución de la protección de los derechos sociales en el Derecho Comunitario	121
3.1.- El lento avance de las políticas comunitarias en la protección de los derechos humanos sociales	121
3.2.- La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de 1989 y los pasos posteriores en pos de una política social común	124
3.3.- La jurisprudencia del TJUE y su rol en la protección de los derechos humanos. Especial referencia a los derechos sociales	127
3.4.- La Carta de Derechos Fundamentales: aciertos y problemas pendientes en materia de derechos sociales	134
3.4.1.- Algunas consideraciones acerca de los objetivos de la Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea	134
3.4.2.- Reflexiones sobre la lista de derechos sociales consagrados en la CDFUE y en la Constitución Europea	136
3.4.3.- La CDFUE y su incidencia en el sistema de competencias y en la colisión entre las políticas económicas y los derechos sociales	139
3.5.- El Tratado de Lisboa: perspectivas de los derechos sociales después del frustrado Tratado Constitucional	142
 CAPÍTULO IV	 147
 DERECHOS SOCIALES Y JUSTICIABILIDAD. ACERCA DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SOCIALES	 147
1.- Los derechos sociales no son auténticos derechos subjetivos y responden a fines colectivos	148
2.- Los derechos sociales son “derechos positivos”	152
3.- Relación de tensión entre los derechos sociales y los derechos civiles	161
4.- Los derechos sociales dependen de la disponibilidad económica	169
5.- La discrecionalidad del legislador en la regulación de los derechos sociales	175
6.- Inexistencia de mecanismos de garantía y problemas de técnica jurídica	185
 CAPÍTULO V	 191
 DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: MODELOS Y TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN	 191
1.- Introducción	191
2.- Regulación de los derechos sociales en las constituciones y rol de la justicia constitucional en su protección. Principales argumentos a favor y en contra	193
2.1.- Reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones	193
2.1.1.- Rechazo al reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones	193

a) Los derechos sociales no protegen intereses fundamentales	194
b) Los derechos sociales afectan el carácter pluralista de la constitución	195
c) Los derechos sociales no son absolutos y colisionan ineludiblemente con los derechos civiles y políticos	195
d) Los derechos sociales afectan el carácter de ley fundamental y de normatividad de los textos constitucionales	196
2.1.2.- Defensa del reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones	197
a) Sobre la fundamentalidad de los derechos sociales	198
b) El pluralismo de las constituciones y el reconocimiento de derecho sociales constitucionales	201
c) Sobre el carácter absoluto de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular	202
d) ¿Los derechos sociales realmente contribuyen a la pérdida de eficacia jurídica de la constitución?	203
2.2.- La justicia constitucional y su rol en la protección de los derechos sociales	204
2.2.1.- Rechazo a la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales	204
a) La objeción técnica	204
b) La naturaleza del órgano judicial no le permite enfrentar adecuadamente cuestiones políticas	204
c) La objeción democrática	205
d) La objeción que cuestiona la intervención del juez constitucional en la economía y aboga por el mantenimiento del equilibrio presupuestario	206
2.2.2.- Defensa de la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales: los principales argumentos	206
a) La Constitución como norma jurídica	206
b) El juez constitucional como guardián de la constitución	207
c) Naturaleza jurídica vs. cuestiones políticas	208
d) Sobre la objeción técnica	209
e) Los derechos sociales como “cartas de triunfo frente a las mayorías”, “coto vedado” o “esfera de lo indecible”	209
f) El equilibrio presupuestario	210
g) Sobre la objeción democrática	212
2.2.3.- Defensa de la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales: una respuesta desde la concepción de la democracia deliberativa	212
3.- La regulación de los derechos sociales en las constituciones. Análisis de los diversos modelos	217
3.1.- Alemania	220
3.2.- Italia	225
3.3.- Chile	233
3.4.- Colombia	240
3.5.- Sudáfrica	246
3.6.- Consideraciones sobre la realización de los derechos sociales en países con Constituciones federales o con altos niveles de descentralización	250
4.- La justicia constitucional y las diversas técnicas y modalidades de intervención para la protección de los derechos sociales constitucionales	253
4.1.- Sentencias que recaen sobre casos concretos con efectos “ <i>inter partes</i> ”	254
a) Solicitar directamente a la administración la adopción de una medida en un caso concreto por ser la única posible	255

b) Declarar la inconstitucionalidad de una disposición y hacerla inaplicable a un caso concreto	256
c) Resolver casos concretos realizando exigencias a la administración con efectos “ <i>inter partes</i> ” pero con consecuencias más generales	257
d) Modificar o anular una sentencia de tribunales ordinarios	258
e) Exigir el cumplimiento de una política pública ya definida o la adopción de una política pública pero establecer en detalle su contenido	259
f) Exigir la adopción de una política pública determinada	263
4.2.- Sentencias que se dictan como resultado del control constitucional de las leyes	266
a) Declarar la inconstitucionalidad de una disposición sin resolver la adopción de alguna medida o no declarar la inconstitucionalidad existiendo mérito para ello	267
b) Anular una disposición inconstitucional que lesiona un derecho social constitucional	268
c) Anular o eliminar una parte de la norma por inconstitucional para incluir a un grupo o sector en el ejercicio del derecho	270
d) Remedios bilaterales	272
d.1. Limitarse a declarar la inconstitucionalidad de una disposición legal e instar al legislador a que encuentre una solución	272
d.2. Solicitar una medida sin plazo o con un plazo genérico	274
d.3. Establecer un plazo para la adopción de una medida cuyo contenido queda sujeto a discreción del poder político	276
d.4. Las <i>Additivas di principio</i> de la Corte Constitucional de Italia: exigir la adopción de una medida sin manipular directamente la norma constitucional	277

CAPÍTULO VI **281**

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL MODELO ESPAÑOL **281**

1.- Origen de la Constitución de 1978 y derechos sociales **281**

2.- El principio de supremacía constitucional en la Constitución Española de 1978. Especial referencia a su aplicabilidad a los principios rectores de la política social y económica **283**

3.- La cláusula del Estado social de Derecho y las disposiciones que configuran valores esenciales o principios de política económica **290**

4.- Reconocimiento constitucional de los derechos sociales en la Constitución española **293**

 4.1.- Derechos sociales reconocidos en la Sección I del Capítulo II 294

 4.2.- Derechos sociales reconocidos en la Sección II del Capítulo II 295

 4.3.- Derechos sociales reconocidos en el Capítulo III 296

 4.4.- ¿Cuáles de todos estos derechos pueden considerarse como fundamentales? 297

5.- Justicia Constitucional y garantías constitucionales de los derechos sociales en la Constitución española **298**

 5.1.- Garantías de los derechos sociales constitucionales frente al legislador 300

 5.1.1.- Rigidez constitucional 300

 5.1.2.- Procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes 301

5.1.2.1.- Recurso de Inconstitucionalidad	302
5.1.2.2.- Cuestión de Inconstitucionalidad	302
5.2.- Garantías de los derechos sociales constitucionales frente a la Administración y al Poder Judicial: la reserva de ley y el principio de legalidad	302
5.3.- Garantías jurisdiccionales: el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales y el Recurso de Amparo	305
5.4.- Otras garantías: el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas	309
5.5.- Algunas consideraciones sobre el rol de la justicia constitucional española en la protección de los derechos sociales constitucionales	311
6.- Derechos sociales en el modelo autonómico	312
7.- La aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos y la incorporación de los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico español	321
8.- Incorporación de España al Derecho Comunitario y su incidencia en los derechos sociales constitucionales	326
CAPÍTULO VII	331
LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL	331
1.- Introducción	331
2.- Justiciabilidad directa	332
2.1.- La justiciabilidad de los derechos sociales constitucionales respecto a los particulares	332
2.1.1.- Consideraciones generales	333
2.1.2.- El caso español	334
2.2.- Eficacia jurídica de la cláusula del Estado social y de las disposiciones que configuran principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico	336
2.2.1.- Consideraciones generales	336
2.2.2.- El caso español	339
2.3.- Principio de Progresividad	342
2.3.1.- Consideraciones generales	342
2.3.2.- El caso español	346
2.4.- El contenido esencial de los derechos sociales	348
2.4.1.- Consideraciones generales	348
2.4.2.- El caso español	352
2.5.- No regresividad de los derechos sociales	355
2.5.1.- Consideraciones generales	355
2.5.2.- El caso español	362
2.6.- La inconstitucionalidad por omisión	364
2.6.1.- Consideraciones generales	364
2.6.2.- El caso español	368
2.7.- Acciones colectivas para tutelar los derechos sociales	372
2.7.1.- Consideraciones generales	372
2.7.2.- El caso español	375

3.- Justiciabilidad indirecta	378
3.1.- La realización de los derechos sociales constitucionales a través del principio de igualdad	378
3.1.1.- A través del principio de igualdad formal	379
3.1.1.1.- Consideraciones generales	379
3.1.1.2.- El caso español	385
a) Los derechos sociales de los extranjeros	391
b) Las discriminaciones por razón de sexo en materia de derechos sociales	396
3.1.1.- A través del principio de igualdad sustancial. Acciones positivas y discriminación inversa	398
3.1.1.1.- Consideraciones generales	398
3.1.1.2.- El caso español	406
3.2.- La realización de los derechos sociales constitucionales a través de las normas del debido proceso y la tutela judicial efectiva	415
3.2.1.- Consideraciones generales	415
3.2.2.- El caso español	419
a) Protección de los derechos laborales a través de la tutela judicial efectiva	420
b) Protección del derecho a la salud a través de la tutela judicial efectiva	422
3.3.- La realización de los derechos sociales constitucionales a través de los derechos civiles y políticos	423
3.3.1.- Consideraciones generales	423
a) Protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a través del derecho de propiedad en el sistema europeo de derechos humanos	424
b) Protección de diversos derechos sociales a través del derecho de propiedad por parte de los jueces constitucionales	428
c) Protección del derecho a la salud a través del derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional de América Latina	431
3.3.2.- El caso español	434
a) Derecho al trabajo y derecho a la salud a través del derecho a la intimidad	435
b) Derecho a la salud a través del derecho a la vida y a la integridad física	438
c) Derecho a la libre sindicación a través de los derechos a la intimidad y al honor	439
d) Derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado a través del derecho a la propiedad	440
e) El derecho a la negociación colectiva a través del derecho a la libertad sindical	440
3.4.- Acceso a la información, transparencia y fiscalización de las políticas públicas vinculadas a los derechos sociales constitucionales	441
3.4.1.- Consideraciones generales	441
3.4.2.- El caso español	449
CONCLUSIONES	453
CONCLUSIONI	467
BIBLIOGRAFÍA	479

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ATC	Auto Tribunal Constitucional
AUE	Acta Única Europea
AA.VV.	Autores Varios
Banco Mundial	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional alemana)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos
CEDSFT	Carta Europea de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores
CERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
CDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer
Cfr.	Confrontar
Comp.	Compilador (a)
Coord.	Coordinador (a)

CTMF	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
CSE	Carta Social Europea
CSE revisada	Carta Social Europea Revisada
DCP	Derechos civiles y políticos
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
Dir.	Director (a)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico Social de las Naciones Unidas
Ed.	Editor (a)
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FMI	Fondo Monetario Internacional
GT	Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
LGSS	Ley General de Seguridad Social
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
Núm.	Número
Nº	Número
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG's	Organizaciones No Gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas

Párr.	Párrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
ss.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
VV.AA.	Varios autores
Vid.	Ver entre otros
Vol.	Volumen

PREFACIO

El presente trabajo fue elaborado con la intención de obtener el GRADO DE DOCTOR DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA e intenta ser una investigación en la que se aborden múltiples aspectos que a nuestro parecer resultan de interés en relación a los derechos sociales, profundizando especialmente en las cuestiones de su justiciabilidad y del rol que puede tener la justicia constitucional en su protección.

Se trata de una investigación llevada a cabo en el marco del Doctorado “Pasado y Presente de los Derechos Humanos” impartido en la Universidad de Salamanca desde hace algunos años, bajo la diligente y entregada coordinación de la Dra. D^a M^a Esther Martínez Quinteiro. En mi caso, mi incorporación a dicho Doctorado data de fines del año 2004. Después de haber aprobado las diversas asignaturas del periodo de docencia me dediqué a realizar un trabajo de grado centrado en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Ese periodo culminó satisfactoriamente con la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en noviembre del año 2006.

La dirección de esta tesis ha sido realizada por la Dra. D^a Ángela Figueruelo Burrieza, a quien solicité en los inicios de mi estancia en la ciudad de Salamanca que aceptara guiarme en este trabajo. Lo anterior sin duda fue todo un acierto de mi parte ya que la Dra. Figueruelo ha contribuido con su acuciosidad y preocupación permanente al desarrollo de esta tesis, por lo cual tiene desde ya todo mi sincero agradecimiento. La profesora Figueruelo me recomendó múltiples lecturas indispensables para el desarrollo del trabajo y me orientó con lucidez en las diversas ocasiones en que modificamos la estructura del mismo. Además, agradezco especialmente sus palabras de aliento que fueron un importante estímulo en los momentos más difíciles.

Una parte de la investigación fue desarrollada en una estadía de 4 meses realizada a fines del año 2006 en Italia, en la Universidad de Milán. No puedo dejar de agradecer la muy amable y afectuosa acogida que me brindó la profesora Dra. Lorenza Violini junto a la amistad y apoyo de los profesores Dres. Vanoni, Rovagnati, Bertonazzi y Londoño. La bibliografía y jurisprudencia encontrada en ese periodo fue incorporada en los diversos capítulos pero en especial en los capítulos V y VII. Esos meses de trabajo fueron particularmente importantes para conocer de cerca el modelo italiano de consagración constitucional de los derechos sociales y su desarrollo en la justicia constitucional italiana. En especial, fueron una importante contribución las conversaciones que sostuve con el ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, Dr. Valerio Onida y con el distinguido profesor Dr. Giovanni Boggetti.

En último término, no puedo no recordar en este momento la inestimable ayuda de muchos amigos y amigas. De manera especial, deseo agradecer a Elena Yáñez y Héctor Maravall, por su apoyo permanente durante los años en que estuve en Salamanca. Entre muchas cosas que me deja la estadía en España, haberlos conocido fue sin duda lo más hermoso y significativo. Gracias también a mi querida amiga Paola Sebastio por su valiosa e indispensable ayuda. A mis padres y hermana que desde la distancia me apoyaron en todo momento con su cariño va también todo mi afecto de siempre. Deseo también saludar a mis mis suegros, cuñadas, tíos, primos y amigos que se mantuvieron cercanos no obstante la distancia y a los amigos de Salamanca que fueron tan importantes cuando estaba lejos de Chile. Pero de manera especial quiero agradecer a Fabiola, mi esposa y compañera, de la cual siempre recibo un apoyo incondicional que se ha manifestado también de distintas maneras durante la elaboración de esta tesis doctoral. Su amor y entrega han sido, especialmente en el último periodo, un sostén invaluable. Por último, no puede faltar un agradecimiento a nuestra hija Amanda que llegó hace pocos meses a este mundo para llenar nuestras vidas con su magia y luz.

INTRODUCCIÓN

Los derechos económicos, sociales y culturales siguen estando, en opinión de muchos, más en el ámbito de las políticas económicas que en el de la teoría de los derechos humanos. En efecto, si bien los derechos sociales son regulados en múltiples tratados internacionales y regionales de derechos humanos y están contemplados en la mayoría de las Constituciones nacionales, para gran parte de la población su incumplimiento no es visto como una violación de derechos humanos sino como una mera fatalidad o como la conclusión de inevitables injusticias sociales. Sigue señalándose por algunos que la principal función de los textos constitucionales es limitar el poder y que, en materia de derechos humanos, los Estados sólo deben respetar los derechos civiles de los ciudadanos¹. Para estas posiciones, no cabe hablar de “justicia social” y menos establecer los derechos sociales como derechos exigibles jurisdiccionalmente pues ello sería un peligro para las libertades individuales².

Lo anterior se contrapone a una realidad: los derechos económicos, sociales y culturales están regulados en la mayoría de las constituciones del mundo occidental y están establecidos en diversos tratados de derechos humanos en el plano internacional y regional. Por eso, en nuestra opinión, las posturas que señalan que los derechos económicos, sociales y culturales no serían verdaderos derechos o no pueden ser exigibles tienen más que ver con resabios de las antiguas concepciones sobre los derechos humanos que con razones de técnica jurídica.

No obstante, en el caso de los la mayoría de los actuales textos constitucionales, los derechos sociales tienen una regulación “devaluada” respecto a

¹ Cfr. MARTÍNEZ ESTAY, J., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1997, p.16.

² Cfr. HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad, Vol. 2, El espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1979, pp.141-157 e 172-180.

los derechos civiles y políticos. Existen constituciones que sólo cuentan en sus catálogos de derechos con los tradicionales derechos civiles y políticos y otras que si bien tienen derechos sociales constitucionales establecen un menor nivel de jerarquía para esta clase de derechos. A lo anterior se agrega el hecho que en algunos ordenamientos jurídicos la justicia constitucional y los tribunales ordinarios han sido renuentes en intervenir para exigir el respeto de los derechos sociales establecidos en los textos constitucionales.

No obstante esta realidad, creemos que el hecho de que los derechos sociales constitucionales no cuenten con los correspondientes medios de tutela jurisdiccional puede, eventualmente, dificultar su realización, pero ello no significa que carezcan por completo de eficacia jurídica ni que su propia naturaleza jurídica impida su plena exigibilidad. En el presente trabajo *defenderemos como primera tesis que los derechos sociales pueden ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales, sea de manera directa o indirecta*. Para sustentar nuestra postura, rebatiremos cada uno de los argumentos en los que se ha sentado la posición de la inexigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales y buscaremos demostrar que pueden ser –y son en la práctica judicial de muchos ordenamientos- derechos plenamente justiciables.

En segundo lugar, conjuntamente con sostener la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales, *defenderemos la tesis de que, en un Estado social constitucional de Derecho en el que se busca proteger los valores de igual dignidad y autonomía personal, los derechos sociales deben tener, en las constituciones, el mismo estatus jurídico y el mismo nivel de protección por parte de la justicia constitucional que los clásicos derechos civiles*. La justicia constitucional ha pasado a ser un componente esencial entre las instituciones que aseguran la existencia del Estado de Derecho en las democracias modernas. Apoyándonos en la jurisprudencia constitucional de España y de otros países, argumentaremos que la justicia constitucional no necesariamente se limita a defender el *status quo* y, en cambio, puede jugar un rol transformador en las sociedades actuales.

Por último, como tercera tesis, después de criticar que los derechos sociales constitucionales tengan en el ordenamiento jurídico español menores garantías respecto a los otros derechos

constitucionales, sostendremos que todos los derechos consagrados en la Constitución española de 1978 deben ser considerados como plenamente exigibles para los poderes del Estado. Si bien la fórmula adoptada en el art. 53.3 de la Constitución Española no es la más afortunada y contribuye a alimentar las posiciones que plantean la inexigibilidad de los derechos sociales, se puede, en base a otras múltiples disposiciones, concluir la plena eficacia jurídica de los derechos sociales constitucionales.

Debido a que el presente trabajo también se propone ser una contribución para aquéllos que quieran revisar el “estado de la cuestión” en materia de derechos sociales, se tratará su evolución histórica y se describirá críticamente su regulación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto a nivel de la Organización de las Naciones Unidas como en el Derecho Europeo.

De esta manera, el trabajo está dividido en siete capítulos con el siguiente contenido en cada uno de ellos. En el Capítulo I se describirá el recorrido histórico de los derechos sociales, desde el origen de la idea misma de derechos humanos hasta el proceso de internacionalización que ha tomado gran impulso desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Se analizarán en esta parte las primeras ideas relacionadas con los derechos sociales, su progresiva incorporación en los textos jurídicos nacionales e internacionales y se formulan algunas consideraciones sobre la noción de Estado social de Derecho y la denominada “crisis del Estado social”. Además, siempre en relación a la evolución histórica de los derechos económicos, sociales y culturales, analizaremos de manera crítica la clasificación que divide a los derechos humanos en distintas categorías de derechos.

En los Capítulos II y III abordaremos la regulación de los derechos sociales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en sus diversos planos, esto es, a nivel internacional y regional. El estudio de estos capítulos pretende mostrar cómo los derechos sociales, no obstante tengan a nivel de los tratados internacionales menores garantías respecto a los derechos civiles, constituyen una realidad jurídica viva y se han producido importantes cambios en los últimos años

que los dotan de nuevos mecanismos de exigibilidad. Además, nos parece relevante desde una perspectiva constitucional, el estudio de los derechos sociales en los tratados internacionales de derechos humanos puesto que está fuera de discusión la conexión existente entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional.

De esta forma, en el Capítulo II revisaremos los diversos tratados de derechos humanos que consagran derechos económicos, sociales y culturales en el marco de las Naciones Unidas. Entre ellos, el principal es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en 1966 y en vigencia desde 1976. La lista de derechos que comprende dicho instrumento internacional es muy extensa y, para la clarificación de su contenido, ha sido extremadamente importante la labor del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales que, desde 1985, ha elaborado observaciones generales sobre sus disposiciones y ha controlado el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes a través de un sistema de informes periódicos. No obstante, como veremos, sus mecanismos de garantía han sido por largo tiempo inferiores a los establecidos en otros tratados de derechos humanos.

Respecto al plano regional, analizaremos en el Capítulo III la situación de los derechos sociales en el sistema europeo de derechos humanos pues es el que merece en esta sede algunos comentarios; no solo por el hecho de que se trate del Derecho aplicable a España, sino también porque es el sistema normativo más avanzado en la protección de los derechos humanos a nivel supranacional. Sin embargo, debemos distinguir en esta materia la labor realizada por las dos principales instituciones existentes a nivel europeo que, aunque están relacionadas, son autónomas: el Consejo de Europa y la Unión Europea. Como es sabido, la primera de ellas realiza desde su creación un rol muy importante para la protección de los derechos humanos, en especial, a través de la Convención Europea de Derechos Humanos que protege esencialmente derechos civiles y políticos aunque también regula algunos derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, en el ámbito del Consejo de Europa y, probablemente del derecho europeo en general, el principal

tratado que regula los derechos sociales es la Carta Social Europea. No obstante, una evaluación objetiva de sus décadas de funcionamiento no puede no considerar la existencia de una protección desmejorada a nivel europeo de los derechos económicos, sociales y culturales en comparación a los derechos civiles y políticos.

En el caso de la Unión Europea, si bien en un principio la ausencia de una regulación en materia de derechos fundamentales fue una de sus mayores debilidades, de manera paulatina fueron incorporados en sus principales instrumentos normativos y fueron recogidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A lo anterior, se une la adopción en el año 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contempla, por primera vez a nivel europeo, una lista de derechos civiles y derechos sociales de manera conjunta, en conformidad a la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

En los capítulos siguientes –IV al VII- desarrollaremos las tesis mencionadas anteriormente, lo que constituye el principal objeto de este trabajo.

En el Capítulo IV del trabajo enfrentaremos las diversas objeciones a la exigibilidad de los derechos sociales y, de esta manera, comenzaremos a argumentar a favor de la tesis de que *los derechos sociales pueden ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales, sea de manera directa o indirecta*. En nuestra opinión, algunas de las críticas más comunes a la justiciabilidad de los derechos sociales pueden ser fácilmente refutadas. Así sucede, por ejemplo, con la supuesta incompatibilidad de los derechos sociales frente al principio democrático de la división de poderes. La noción de Estado de Derecho ha evolucionado y en la actualidad se asume que los diversos órganos se controlan mutuamente y están recíprocamente en continua relación. Sostendremos, en esta parte, que los tribunales no pueden desentenderse del incumplimiento flagrante de preceptos constitucionales, sea que se trate de normas que regulan derechos civiles y políticos o bien derechos económicos, sociales y culturales.

En el Capítulo V nos referiremos al rol de la justicia constitucional en la protección de los derechos sociales y *sostendremos que éstos derechos no constituyen una excepción al principio de supremacía constitucional*. Sin entrar en la difícil cuestión de la legitimidad de la justicia constitucional y partiendo de la premisa de su existencia, describiremos los principales argumentos a favor y en contra de la incorporación de los derechos sociales en los textos constitucionales y de la intervención de la justicia constitucional para asegurar su cumplimiento. Nuestra posición no será neutra y sostendremos que por diversas razones la justicia constitucional puede constituir un mecanismo valioso para el respeto de los derechos sociales. En esta parte realizaremos una reseña de los principales modelos constitucionales de regulación de los derechos sociales en el Derecho Comparado, formulando algunas consideraciones adicionales sobre la realización de los derechos sociales en los países con estructuras territoriales descentralizadas.

Uno de los modelos de consagración de derechos sociales constitucionales se encuentra ejemplificado por la Constitución española de 1978 y el estudio de sus principales características será objeto de examen en el Capítulo VI. De manera coherente con lo sostenido en los capítulos III y IV, *sostendremos en este capítulo que, no obstante los derechos sociales constitucionales tienen en el ordenamiento jurídico español un nivel de garantías menor al de los demás derechos constitucionales, todos los derechos sociales reconocidos en el texto constitucional deben ser considerados como verdaderas normas jurídicas y en ningún modo concebirse como simples disposiciones programáticas*. Debe considerarse que, en el caso de la Constitución española de 1978, los derechos sociales se encuentran regulados de distintas maneras y con distintos niveles de garantías jurisdiccionales y no-jurisdiccionales.

Por último, en el Capítulo VII abordaremos extensamente las distintas formas de exigibilidad de los derechos sociales, con especial atención a la jurisprudencia constitucional española y del Derecho Constitucional Comparado. Revisaremos distintas formas de justiciabilidad de los derechos sociales, tanto directas como indirectas, intentando encontrar el apoyo empírico necesario para

respaldar las tres tesis defendidas en los capítulos IV, V y VI. Podremos ver entonces cómo, en último término, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y de otros países así como de tribunales regionales de derechos humanos, nos muestra que los derechos sociales pueden ser perfectamente justiciables.

El trabajo termina con unas breves conclusiones en las que intentamos exponer algunas de las ideas más relevantes que, a nuestro entender, se desprenden de su texto. Si al lector no le ha quedado claro anteriormente, en esta parte podrá conocer nuestra opinión acerca de los temas más debatidos en este trabajo en relación a los derechos sociales.

Debemos desde ya advertir que el lector que busque también en este trabajo una reseña de las teorías que fundamentan filosóficamente los derechos sociales quedará defraudado. Aunque somos de la opinión que el abordaje de los derechos sociales desde la epistemología jurídica y la filosofía jurídica es imprescindible para su adecuada comprensión³, en este trabajo hemos optado por analizar los problemas vinculados a la implementación de los derechos sociales y descartar los relacionados con su fundamentación, pues creemos que una breve descripción de las principales teorías existentes habría caído, inevitablemente, en una excesiva superficialidad⁴.

³ En nuestra opinión la elaboración de fundamentaciones coherentes de los derechos fundamentales es un elemento necesario para avanzar en su realización. De esta forma, nos distanciamos con BOBBIO cuando señala que “el problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos sino el de protegerlos”. BOBBIO, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p.61.

⁴ Sobre fundamentaciones de los derechos humanos, *Vid.* RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, 320 pp.; ETXEBERRÍA, X., “Fundamentación y orientación ética de la protección de los derechos humanos”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp.63-94. En cuanto a fundamentaciones específicamente de los derechos económicos, sociales y culturales, *Vid.* especialmente: ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, 380 pp. También se puede revisar las siguientes obras y artículos: PÉREZ LUÑO, A., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 1, 1981, pp.257-275; AÑON ROIG, M., “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, J. (Coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp.100-115; CONTRERAS PELÁEZ, F., *Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pp.52-108; GOSEPATH, S., “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, en ALBERTO ALONSO, M. y GIRALDO RAMÍREZ, J. (Eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, pp.15-57; CORTÉS RODAS, F., “El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos

En cuanto a las fuentes utilizadas en este trabajo, debemos decir que, además de una importante bibliografía doctrinaria, hemos recurrido con gran frecuencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la interpretación de los órganos encargados de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos; en especial, hemos hecho referencia en diversas ocasiones a los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sus interpretaciones de las obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos sociales, realizadas a través de sus Observaciones Generales y de sus conclusiones a los informes estatales, constituyen no solamente una voz autorizada en estas cuestiones sino también pronunciamientos que debieran ser utilizados de manera más frecuentes por los tribunales nacionales. Por otra parte, en los casos en que nos ha parecido oportuno, mencionamos las más importantes sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos, con un especial énfasis en las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A nivel nacional, el énfasis principal está puesto en los pronunciamientos de los tribunales constitucionales en materia de derechos sociales ya que, como dijimos, es la mejor forma de verificar cual es la eficacia jurídica de esos preceptos constitucionales.

Este trabajo busca demostrar, junto a otros que se han realizados en los últimos años⁵, que los derechos sociales deben ser considerados a todos los efectos como verdaderos derechos fundamentales. Como se podrá ver, muchas resoluciones de órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales los han aplicado como derechos que pueden ser perfectamente justiciables. Creemos que ese es el camino

humanos sociales”, en ALBERTO ALONSO, M. y GIRALDO RAMÍREZ, J. (Eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, pp.59-99; MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para una Teoría de los derechos sociales (discusión doctrinal)”, en *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 22, 2005, pp.265-290.

⁵ Sólo por mencionar algunos ellos, destacamos: PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, 140 pp.; GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, 311 pp.; y ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, 254 pp.

correcto. Los Estados tienen obligaciones claras respecto a los derechos sociales y ellas deben ser cumplidas. En esa línea podremos asumir, de verdad, los derechos fundamentales como un todo indivisible y su efectiva realización podrá ser un objetivo real en un futuro no muy lejano.

INTRODUZIONE

La realizzazione dei diritti sociali appartiene, a parere di molti, più alla sfera delle politiche economiche piuttosto che a quella della teoria dei diritti umani. In effetti, anche se i diritti sociali trovano un'enunciazione in molteplici trattati di diritti umani sia in seno alla ONU che a livello regionale e sono anche affermati nella maggior parte delle costituzioni, gran parte degli stessi cittadini dei vari paesi non percepiscono le inadempienze di questi diritti come vere e proprie violazioni dei diritti umani, ma come una fatalità o come il risultato di inevitabili ingiustizie sociali. Si continua a sostenere da parte di alcuni autori che, la funzione principale dei testi costituzionali, sia quella di limitare il potere e che, in materia di diritti umani, gli Stati debbano solo rispettare i diritti civili dei cittadini¹. Secondo la parte della dottrina che difende queste posizioni, non si dovrebbe parlare di "giustizia sociale" e nemmeno si dovrebbero riconoscere i diritti sociali come diritti esigibili giurisdizionalmente perché in questo modo ci troveremmo in presenza di un vero pericolo per le libertà individuali².

Tutto ciò contrasta con una realtà: i diritti economici, sociali e culturali sono riconosciuti nella maggior parte delle costituzioni occidentali e sono enunciati in molti trattati di diritti umani a livello internazionale e regionale. Per questo, secondo noi, l'affermazione che i diritti economici, sociali e culturali non sarebbero veri e propri diritti o non sarebbero vincolanti, non può essere dovuta ad altro che al persistere di antiche concezioni dei diritti umani piuttosto che a ragioni di tecnica giuridica.

Nonostante ciò, nel caso della maggior parte delle attuali costituzioni, i diritti sociali hanno una normazione svalutata rispetto ai diritti civili e politici. Esistono

¹ Cfr. MARTÍNEZ ESTAY, J., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1997, p.16.

² Cfr. HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad, Vol. 2, El espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1979, pp.141-157 e 172-180.

costituzioni che possiedono cataloghi di diritti nei quali sono inclusi solo i tradizionali diritti civili e politici e altre che, pur riconoscendo i diritti sociali, stabiliscono un livello gerarchicamente subalterno di questi diritti. Inoltre, bisogna anche aggiungere che, in alcuni ordinamenti giuridici, i giudici costituzionali ed i tribunali ordinari sono riluttanti a intervenire ed esigere il rispetto dei diritti sociali costituzionalmente riconosciuti.

Tuttavia, crediamo che sebbene il fatto che i diritti sociali costituzionali non abbiano i corrispondenti meccanismi di tutela giurisdizionale possa, eventualmente, ostacolare la loro realizzazione, ciò non vuol dire che siano assolutamente sprovvisti di valore giuridico né che la loro natura giuridica ne impedisca la piena esigibilità. In questa ricerca *difenderemo come prima tesi che l'effettiva realizzazione dei diritti sociali può essere richiesta dinanzi agli organi giurisdizionali, sia in maniera diretta che indiretta*. Per sostenere questa posizione, ribatteremo i diversi argomenti utilizzati per affermare la posizione dell'inesigibilità dei diritti sociali, e cercheremo di dimostrare che possono essere – e lo sono nella pratica giurisdizionale di molti ordinamenti – diritti pienamente giustiziabili.

In secondo luogo, congiuntamente sosterrremo l'esigibilità giurisdizionale dei diritti sociali e *difenderemo la tesi secondo la quale in uno Stato sociale costituzionale di Diritto in cui si pretende proteggere i valori di pari dignità e autonomia personale, i diritti sociali devono avere nelle costituzioni lo stesso status giuridico e protezione da parte della giustizia costituzionale che i classici diritti civili*. La giustizia costituzionale è diventata fondamentale per l'esistenza dello Stato di Diritto nelle moderne democrazie. Basandoci sulla giurisprudenza costituzionale spagnola e di altri paesi, svilupperemo l'idea che la giustizia costituzionale non si limita necessariamente a mantenere lo *status quo* e, invece, può svolgere un ruolo di trasformazione nelle società attuali.

In ultimo luogo, come terza tesi, dopo un'analisi critica della regolazione nell'ordinamento giuridico spagnolo dei diritti sociali con garanzie inferiori rispetto agli altri diritti costituzionali, sosterrremo che tutti i diritti contenuti nella Costituzione spagnola del 1978 devono essere considerati come perfettamente

esigibili dinanzi ai poteri pubblici. Anche se la formulazione adottata nell'articolo 53.3 della Costituzione spagnola non è la più adeguata e contribuisce ad alimentare le posizioni che affermano l'inesigibilità dei diritti sociali, è possibile, in base all'applicazione di molteplici disposizioni, affermare la completa efficacia giuridica dei diritti sociali costituzionali.

Siccome, allo stesso tempo, questa disamina si propone anche di diventare un contributo per tutti coloro che desiderino ritrovare in essa lo "stato della questione" in materia di diritti sociali, si dedicherà ampio spazio all'evoluzione storica e si esporrà criticamente la loro regolamentazione nel Diritto Internazionale dei Diritti Umani, sia a livello dell'Organizzazione delle Nazioni Unite che dell'ordinamento europeo.

Il lavoro è diviso in sette capitoli con i seguenti contenuti in ciascuno di essi. Nel capitolo I verrà descritto il percorso storico di riconoscimento dei diritti sociali, dalle origini della nozione dei diritti umani fino al processo di internazionalizzazione che ha avuto grande impulso dopo la fine della II Guerra Mondiale. In questa parte saranno analizzate le prime idee vincolate ai diritti sociali, così come la loro progressiva integrazione a livello nazionale e internazionale nei testi giuridici, e si formuleranno alcune considerazioni in merito alla nozione di Stato sociale di diritto e alla cosiddetta "crisi dello Stato sociale".

Inoltre, in relazione all'evoluzione storica dei diritti economici, sociali e culturali, sarà analizzata criticamente la classificazione che divide i diritti umani in diverse categorie di diritti.

Nei capitoli II e III ci occuperemo della regolazione dei diritti sociali nel diritto internazionale dei diritti umani, nei suoi vari livelli, vale a dire internazionale e regionale. Lo studio di questi capitoli cerca di mostrare come i diritti sociali, nonostante possiedano nei trattati internazionali un livello minore di garanzie rispetto ai diritti civili, costituiscono una realtà giuridica viva e si sono verificati

grandi cambiamenti nel corso degli ultimi anni che prevedono nuovi meccanismi di esigibilità. Troviamo anche opportuno dal punto di vista costituzionale, lo studio dei diritti sociali nei trattati internazionali sui diritti umani, poiché è fuor di dubbio la connessione tra il Diritto Internazionale dei Diritti Umani e il Diritto Costituzionale.

In questo modo, il capitolo II passerà in rassegna i vari trattati sui diritti dell'uomo che sanciscono diritti economici, sociali e culturali nel quadro delle Nazioni Unite. Tra questi, il principale è il Patto Internazionale relativo ai Diritti Economici, Sociali e Culturali, adottato nel 1966 e in vigore dal 1976. L'elenco dei diritti contenuti in tale strumento internazionale è molto lungo e, per chiarirne il contenuto, è stato estremamente importante il lavoro del Comitato sui diritti economici sociali e culturali che, dal 1985 ad oggi, ha elaborato osservazioni generali sulle sue disposizioni e ha controllato il rispetto degli obblighi degli Stati Parti attraverso un sistema di relazioni periodiche. Nonostante, come vedremo, le sue garanzie siano state per molto tempo inferiori a quelle stabilite in altri trattati di diritti umani.

Per quanto riguarda il livello regionale, nel capitolo III esamineremo lo stato dei diritti sociali nel sistema europeo dei diritti umani in quanto merita alcune osservazioni, non solo perché si tratta di Diritto pienamente applicabile alla Spagna, ma anche perché costituisce il sistema normativo più avanzato in materia di protezione dei diritti umani a livello sovranazionale. Tuttavia, si deve distinguere a questo proposito il lavoro svolto dalle due principali istituzioni che esistono a livello europeo perché, anche se vincolate, sono autonome: il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea. Come è noto, il Consiglio d'Europa sviluppa fin dalla sua nascita un ruolo molto importante per la tutela dei diritti umani, in particolare attraverso la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che tutela soprattutto i diritti civili e politici, ma contiene anche alcune disposizioni in materia di diritti economici, sociali e culturali. Tuttavia, in seno al Consiglio d'Europa e, probabilmente del diritto europeo in generale, il principale trattato che regola i diritti sociali è la Carta sociale europea. Nonostante ciò, una

valutazione oggettiva dei suoi decenni di funzionamento non può non considerare l'esistenza di una tutela svalutata dei diritti economici, sociali e culturali se paragonata a quella dei diritti civili e politici a livello europeo.

Nel caso dell'Unione Europea, anche se inizialmente l'assenza del riconoscimento dei diritti fondamentali nei principali trattati è stato uno dei suoi maggiori punti deboli, gradualmente sono stati incorporati sia nei trattati che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. A ciò bisogna aggiungere l'adozione nel 2000 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che prevede per la prima volta a livello europeo, congiuntamente un elenco dei diritti civili e diritti sociali, secondo l'idea di indivisibilità e interdipendenza dei diritti umani.

Nei capitoli successivi –IV a VII- svilupperemo le tesi menzionate anteriormente. Questo sarà l'obiettivo principale di questa ricerca.

Nel capitolo IV affronteremo le varie obiezioni all'esigibilità dei diritti sociali e, in questo modo, inizieremo ad argomentare in favore della tesi proposta secondo la quale *i diritti sociali possono farsi valere dinanzi ai tribunali, direttamente o indirettamente*. A nostro avviso, alcune delle critiche più comuni mosse alla giustiziabilità dei diritti sociali possono essere facilmente respinte. Ciò vale, per esempio, per la presunta incompatibilità dei diritti sociali con il principio democratico della separazione dei poteri. La nozione di Stato di diritto si è evoluta fino ad arrivare attualmente all'adozione della concezione secondo cui i vari poteri si controllano reciprocamente. Sosterremo in questa parte che il giudice non può ignorare la palese mancanza di realizzazione delle norme costituzionali, sia che si tratti di norme che disciplinano i diritti civili e politici o quelli economici, sociali e culturali.

Nel capitolo V, faremo riferimento al ruolo della giustizia costituzionale in materia di protezione dei diritti sociali e *sosterremo che tali diritti non fanno eccezione al principio di supremazia costituzionale*. Senza entrare nella complessa questione della

legittimità della giustizia costituzionale e partendo dal presupposto della sua esistenza, si descriveranno i principali argomenti a favore e contro l'inclusione dei diritti sociali nei testi costituzionali e dell'intervento dei giudici costituzionali diretto a garantire la loro tutela. La nostra posizione non sarà neutrale e difenderemo che per vari motivi la giustizia costituzionale può costituire un valido meccanismo per il rispetto dei diritti sociali. In questa parte si esamineranno i principali modelli di regolamentazione costituzionale dei diritti sociali nel diritto comparato, con un riferimento speciale a la realizzazione dei diritti sociali nei paesi con forme di Stato federali o regionali in senso forte.

Uno dei modelli di riconoscimento costituzionale dei diritti sociali è esemplificato dalla Costituzione spagnola del 1978 e lo studio delle principali caratteristiche di questo modello sarà oggetto di studio nel capitolo VI. In linea con quanto affermato nei capitoli IV e V *sosterremo in questo capitolo che, anche se i diritti sociali costituzionali hanno nel sistema giuridico spagnolo un livello inferiore di garanzie rispetto agli altri diritti costituzionali, tutti i diritti sociali riconosciuti nel testo costituzionale devono essere considerati come autentiche norme giuridiche e in nessun caso essere concepiti come mere disposizioni programmatiche*. Crediamo che si debba considerare che, nel caso della Costituzione spagnola del 1978, i diritti sociali sono regolati in modo diverso tra di loro e con diversi livelli di garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali.

Infine, nel capitolo VII ci occuperemo delle diverse modalità di giustiziabilità dei diritti sociali, con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale spagnola e al diritto costituzionale comparato. Analizzeremo le varie forme di giustiziabilità dei diritti sociali, sia dirette che indirette, cercando in questo modo di trovare nella giurisprudenza un punto di riferimento per le tre tesi che difenderemo nei capitoli IV, V e VI. In questa maniera vedremo che nella giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola e di altri paesi, così come in quella di tribunali regionali in materia di diritti umani, i diritti sociali possono essere a tutti gli effetti giustiziabili.

Il lavoro si concluderà con alcune brevi considerazioni in cui cercheremo di mostrare alcune delle più importanti idee che, a nostro parere, si deducono dalla lettura di questa ricerca. Se non si è stati chiari in precedenza, in questa parte si potranno rivisitare le nostre opinioni in merito agli argomenti trattati nel presente documento in relazione ai diritti sociali.

Dobbiamo ora mettere in guardia il lettore che cerchi in questo lavoro anche una revisione delle teorie filosofiche sui diritti sociali. Anche se crediamo che l'approccio dei diritti sociali dal punto di vista delle discipline dell'epistemologia giuridica e la filosofia giuridica sia imprescindibile per la loro corretta comprensione³, in questo lavoro abbiamo scelto di analizzare le problematiche connesse con l'attuazione dei diritti sociali e di escludere quelle relative alla loro fondamentazione, perché crediamo che una breve descrizione delle principali teorie esistenti sarebbe caduta, inevitabilmente, in un eccesso di superficialità⁴.

³ In ogni caso, ripetiamo che a nostro parere la formulazione di fondamentazioni coerenti dei diritti fondamentali costituisce un elemento necessario per avanzare nella loro realizzazione. In questo senso, ci allontaniamo da quanto sostenuto da BOBBIO quando afferma che "il problema di fondo dei diritti umani non è oggi quello di giustificarli ma bensì quello di proteggerli". BOBBIO, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", in *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p.61.

⁴ Sulle fondamentazioni dei diritti umani, *Vid.* RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, 320 pp.; ETXEBERRÍA, X., "Fundamentación y orientación ética de la protección de los derechos humanos", in GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp.63-94. In quanto alle fondamentazioni relative specificamente ai diritti economici, sociali e culturali, *Vid.* specialmente: ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, 380 pp. Raccomandiamo anche le seguenti opere e contributi: PÉREZ LUÑO, A., "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales" in *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, 1981, pp.257-275; AÑON ROIG, M., "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", in BALLESTEROS, J. (Coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp.100-115; CONTRERAS PELÁEZ, F., *Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pp.52-108; GOSEPATH, S., "Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales", in ALBERTO ALONSO, M. y GIRALDO RAMÍREZ, J. (Eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, pp.15-57; CORTÉS RODAS, F., "El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales", in ALBERTO ALONSO, M. y GIRALDO RAMÍREZ, J. (Eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, pp.59-99; MONEREO ATIENZA, C., "Herramientas para una Teoría de los derechos sociales (discusión doctrinal)", in *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 22, 2005, pp.265-290.

Per quanto riguarda le fonti utilizzate in questo lavoro, dobbiamo dire che, oltre a ricorrere a una copiosa letteratura dottrinale, abbiamo spesso fatto ricorso agli strumenti internazionali sui diritti umani e all'interpretazione degli organismi incaricati di vigilare il rispetto dei trattati internazionali e, in particolare, abbiamo più volte chiamato in causa i pronunciamenti del Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. Le sue interpretazioni degli obblighi degli Stati membri in materia di diritti sociali, fatte attraverso le sue Osservazioni Generali e le conclusioni alle relazioni degli Stati, costituiscono non soltanto una voce autorevole su questi temi, ma anche pronunce che dovrebbero essere utilizzate più spesso da parte dei giudici nazionali. Inoltre, nei casi in cui abbiamo ritenuto opportuno, citeremo le più importanti sentenze di tribunali regionali dei diritti umani, con particolare riguardo a quelle della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. A livello nazionale, un'attenzione speciale sarà posta sui pronunciamenti delle corti costituzionali in materia di diritti sociali giacché, come abbiamo detto, è il modo migliore per accertare la reale efficacia giuridica di tali norme costituzionali.

La presente ricerca mira a dimostrare, insieme con altre opere che sono state realizzate negli ultimi anni⁵, che i diritti sociali devono essere considerati a tutti gli effetti come autentici diritti. Come si potrà constatare, molte delle risoluzioni dei giudici internazionali e nazionali hanno dato piena efficacia giuridica ai diritti sociali. Ci sembra che questa sia la strada giusta. Gli Stati hanno chiari obblighi che devono eseguire in relazione ai diritti sociali. In questo modo si potranno assumere i diritti fondamentali come un tutto indivisibile e la loro effettiva esecuzione potrà porsi come un vero e proprio obiettivo da realizzare in un futuro non troppo lontano.

⁵ Solamente per citare alcune di queste opere: PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, 140 pp.; GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, 311 pp.; y ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, 254 pp.

CAPÍTULO I
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: LAS
TRANSFORMACIONES DE UN DISCURSO

1.- Evolución histórica de los derechos económicos, sociales y culturales

1.1.- Antecedentes de los derechos sociales

Los derechos económicos, sociales y culturales¹ (en adelante, DESC) son reconocidos en la actualidad por la mayoría de los autores como derechos humanos y se encuentran contemplados en múltiples constituciones y tratados internacionales. Sin embargo, ello ha sido el fruto de un camino recorrido largo y complejo. En efecto, para la consagración de los DESC debieron superarse diversos pasos previos, tanto desde la perspectiva del forjamiento de su concepto como desde el punto de vista de su elaboración normativa.

Al comenzar a referirnos al surgimiento de la idea de los derechos sociales, creemos que es útil reproducir las palabras de PECES-BARBA MARTÍNEZ, quien expresa que “muchas ideas latentes o depositadas en el marco de la cultura, en este caso de la política y jurídica, aparecen con fuerza en un momento dado, lo que no puede explicarse desde la mismas ideas, sino desde el conjunto de condiciones que provocan esa incidencia y que son como catalizadores sociales de su eficacia”². De esta manera, es posible encontrar en el caso de los derechos sociales, ideas y doctrinas que, pueden considerarse como antecedentes que han contribuido, junto a otros elementos y en un contexto histórico determinado, a la construcción de su noción.

¹ Prevenimos desde ahora que, en determinadas ocasiones, usaremos como sinónimo las expresiones “derechos económicos, sociales y culturales” y “derechos sociales”.

² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p.7.

Por todo lo anterior, se puede vislumbrar un germen de los DESC en diversas culturas que propugnaron valores como la igualdad y la solidaridad en la Grecia antigua y en el cristianismo primitivo. Respecto a la cultura griega destaca el postulado de Platón de que los hombres están unidos en comunidad y sobre la base de la amistad. En un sentido similar, Aristóteles planteó la vinculación entre la amistad y la igualdad. En el primer cristianismo, valores como la solidaridad, la fraternidad y en general la preocupación por los demás seres humanos, se teñirían de religiosidad pero no por eso serían menos relevantes³.

Muchos siglos después, en la época de la colonización de los españoles en tierras americanas, también podemos encontrar antecedentes de esos sentimientos de comunidad y amor al prójimo que según muchos están en la base de los DESC. Particular importancia tuvieron en este sentido las alegaciones de algunos teólogos como Vitoria y Las Casas, quienes al defender los derechos de los indígenas colonizados plantearon la idea de dignidad de todas las personas. Entre los juristas destacaron por el rol que tuvieron en el pensamiento iusnaturalista Suárez y Gabriel Vázquez, exponentes de la denominada Escuela española⁴.

En cuanto a los antecedentes normativos de los derechos sociales, cabe decir que ya en el Medioevo europeo aparecieron los primeros antecedentes de derechos reconocidos a las personas, en especial en Inglaterra, destacando en forma particular la Carta Magna de 1215. Los derechos reconocidos en dicho documento eran básicamente fruto de un pacto entre el Rey y la nobleza en que se concedían privilegios feudales, tratándose siempre de derechos establecidos a través de acuerdos particulares y en términos contractuales. Sucesivamente, de forma gradual se va produciendo un proceso de conquistas en que los derechos asegurados a unos pocos dentro de un régimen de derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano del derecho público. Este periodo de positivación culmina en el siglo XVII

³ Cfr., PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *op. cit.*, pp.10-14.

⁴ Cfr. PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, p.116.

fundamentalmente con tres documentos en Inglaterra: la Petición de Derechos de 1628, el Acta de Hábeas Corpus de 1679 y la Declaración de Derechos de 1689, conocida también como *Bill of Rights*.

En España también existieron durante la Edad Media algunos ejemplos de pactos en que se otorgaban libertades o franquicias a determinados grupos. Entre ellos cabe mencionar el Pacto celebrado en las Cortes de León en 1118 entre Alfonso IX y el reino, y el Privilegio otorgado por Pedro III en las Cortes de Zaragoza de 1283⁵.

Sin embargo, todas las normativas mencionadas consagraban garantías sólo para ciertos grupos de personas en sociedades que se encontraban aún muy divididas en estamentos con distintos derechos. En ese marco no es posible visualizar en esas declaraciones disposiciones que entreguen a los ciudadanos derechos sociales. Incluso deben considerarse como un conjunto de antecedentes previos al surgimiento de la doctrina de los derechos humanos que es, a nuestro juicio, un concepto histórico propio de la era moderna. En efecto, los derechos humanos tal y como están consagrados en las actuales normativas nacionales e internacionales tienen como primer antecedente las declaraciones de derechos de fundamento iusnaturalista del siglo XVIII⁶.

⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, pp.111-114.

⁶ En este sentido ARA PINILLA afirma que “hay, sin embargo, un consenso generalizado a la hora de considerar que los derechos humanos, tal como se presentan en la actualidad, tienen un origen inequívocamente iusnaturalista y surgen como contrarréplica a los excesos absolutistas, exigiendo toda una serie de garantías civiles, políticas y procesales sobre la base de argumentos de índole contractualista.”, ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, p.94.

1.2.- La Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa: la consagración de los derechos civiles

Los textos jurídicos que consagran los derechos humanos de manera similar a como son concebidos en la actualidad -o sea, como derechos esenciales reconocidos universalmente a todas las personas- datan del siglo XVIII y, específicamente, debemos remitirnos a los dos grandes eventos que según los historiadores marcan el inicio de la era moderna. Nos referimos a la Independencia norteamericana, con la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de Independencia del mismo año, y a la Revolución Francesa, que culminó con el texto que consagró por primera vez los derechos civiles y políticos para todas las personas: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

Esos dos acontecimientos y sus correspondientes declaraciones de derechos constituyen a todas luces un hito en la historia de los derechos humanos⁷. En sus textos, especialmente en la Declaración Francesa, aparece un nuevo discurso jurídico, con palabras como “derechos”, “libertad”, “poder”, “ley” y “ciudadano” que tienen un significado de ruptura respecto a todo lo que representaba el Antiguo Régimen: se pretende eliminar los privilegios existentes y proclamar la igualdad de derechos de todos los hombres⁸.

En las declaraciones de derechos del siglo XVIII se reúnen las características de universalidad, iusnaturalismo y contractualismo presentes en los textos de los filósofos de esa época. En efecto, en la sección I de la Declaración de Virginia se

⁷ Anteriormente a estos hechos, en el plano de las ideas, confluyeron diversos movimientos filosóficos para generar el concepto moderno de los derechos del hombre. Según PECES-BARBA MARTÍNEZ, “los núcleos centrales donde se forma a nivel filosófico, es decir a nivel de valores, antes del siglo XVIII, son tres: la reflexión sobre la tolerancia religiosa, la filosofía de los límites del poder, y el humanitarismo en materia de Derecho procesal y penal.” PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *op. cit.*, p.196.

⁸ Como expresa con lucidez Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, se genera con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, una verdadera “lengua de los derechos”. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Civitas, 2001, en especial, pp.28-44.

denota claramente el sentido universal de los derechos consagrados al proclamarse en su primera parte: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...”⁹. También resalta el carácter iusnaturalista y contractualista de ambas declaraciones de derechos, especialmente al leer el art. 2 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que se expresa que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”¹⁰. En esa disposición, aun cuando no se ocupe literalmente la expresión “contrato social”, queda claro que al hablarse del “fin” de la “asociación política” la idea de fondo es contractualista.

En la doctrina se ha discutido acerca de las relaciones entre ambas declaraciones y sobre la posible supremacía existente de una sobre otra¹¹. Lo fundamental, para nosotros, es recalcar que ambos textos normativos tienen, además de una inspiración iusnaturalista y contractualista, una concepción individualista de la persona y aislada de las demás. Entre las dos declaraciones se cree en general que, como lo expresa elocuentemente BOBBIO, la Declaración Francesa es “todavía más intransigentemente individualista que la americana”¹².

No obstante el rasgo individualista al que nos hemos referido, algunos autores han intentado demostrar que el surgimiento de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en la Revolución Francesa. Esta opinión se ha sustentado principalmente en que el proyecto de Constitución francesa de 24 de julio 1793 incorporó a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano una

⁹ Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, Sección I.

¹⁰ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 2.

¹¹ Sobre la polémica acerca de la relación entre ambas declaraciones, *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pp.66-72.

¹² Es en este sentido que BOBBIO manifiesta que “las dos declaraciones parten de los hombres singularmente considerados; los derechos que proclaman pertenecen a los individuos tomados de uno en uno, que los poseen antes de entrar en cualquier sociedad. Pero mientras la “utilidad común” es invocada en el documento francés únicamente para justificar eventuales “distinciones sociales”, las cartas americanas hacen casi todas referencia directa al fin de la asociación política que es el del *common benefit* (Virginia), del *good of the whole* (Maryland) o del *common good* (Massachussets)”. BOBBIO, N., “La Revolución Francesa y los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p.136.

serie de disposiciones con un importante contenido social¹³. Dichas normas fueron los arts. 17, 21 y particularmente el 22, en el que se afirmaba que “la instrucción es una necesidad para todos” y que “la sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”¹⁴.

Uno de los que elaboró el proyecto de Constitución de 1793, fue Jean-Antoine Nicolas Caritat, conocido como el Marqués de Condorcet. En uno de sus principales discursos, el 12 de marzo de 1792, refiriéndose a las medidas que debían adoptarse a favor de los más desfavorecidos, planteaba su esperanza de que “se pueda ver finalmente, en esta tierra por tanto tiempo abandonada a la desigualdad y la miseria, una sociedad que tendrá por objetivo y resultado la felicidad de la pluralidad de sus miembros”¹⁵. Sin embargo, los intentos de Condorcet de incorporar en los textos revolucionarios la noción de democracia social fracasaron y el proyecto de constitución de 1793 jamás entró en vigencia. Por ello, creemos que no cabe hablar de hechos que marcan el inicio de la consagración de los derechos sociales sino más bien de meros antecedentes a tener en consideración.

Debido a esa misma concepción individualista del hombre, uno de los retos de los filósofos liberales era reemplazar el ideal del régimen absolutista por el de un nuevo modelo de Estado. Diversos autores como Kant, Locke, Rousseau, Montesquieu y posteriormente a mediados del siglo XIX, Jellinek, Carré de Malberg y Emanuele Orlando, tienen un rol protagónico en la elaboración teórica de la

¹³ Entre estos autores se encuentra DE CASTRO CID, según el cual “Parece razonable, por tanto, entender que en esas referencias, no sólo está presente una intensa preocupación social, sino que están también ya nuclearmente contenidos derechos tan representativos como el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia pública y el derecho a la educación. Y, en consecuencia, es legítimo afirmar que el proceso de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales se había iniciado ya desde la primera fase de efervescencia del gran impulso regenerador desencadenado por la revolución francesa, incluso en los primeros pasos de la misma”. DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993, p.50.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ DE LUCAS MARTÍN, J., “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en PECES BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y DE ASÍS ROIG, R. (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, p.341.

doctrina del Estado de Derecho¹⁶. Entre ellos destaca especialmente LOCKE que, en su clásico libro *Two Treatises on Government*, expresaba que el Estado solamente tenía la función de asegurar al individuo la posibilidad de ejercer por sí mismo los llamados derechos de libertad. Como herencia del absolutismo el Estado absoluto y despótico es visto como el mayor peligro para el libre desarrollo de la personas¹⁷. En último término su rol se reduce a resguardar a la sociedad de las amenazas a la seguridad, sea que éstas provengan del exterior o del interior, en lo que se conoce como el “Estado Guardián”¹⁸.

En ese contexto resulta fácil comprender que las primeras versiones del Estado de Derecho tienen como principios más importantes la defensa de los derechos fundamentales y la división de poderes. Sin embargo, por derechos fundamentales se entienden básicamente los que derivan de la noción de libertad burguesa: la libertad personal, la propiedad privada, la libertad de contratación y la libertad de industria y comercio¹⁹. Además, el principio de legalidad asume en el Estado liberal de Derecho un rol fundamental. Como dice SCHMITT, “el Estado burgués de Derecho se basa en el imperio de la ley”²⁰. No se trata, en todo caso, de un simple apego a la voluntad popular: la ley en un Estado de Derecho debe respetar los derechos fundamentales y la división de poderes²¹.

¹⁶ Sobre la génesis del Estado de Derecho existe una abundante bibliografía. *Vid.*, por ejemplo, PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, p.214-223; FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Editorial Trotta, 1996, p.112-125; RODRÍGUEZ URIBE, J., “Rousseau: Estado de Derecho, democracia y derechos”, en PECES BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y DE ASÍS ROIG, R. (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp.245-295.

¹⁷ *Cfr.* LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp.380-384 y 398-405.

¹⁸ *Cfr.* PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, pp.115-117.

¹⁹ Para SCHMITT es tan evidente que en esas formulaciones del Estado de Derecho se protegen los ideales del individualismo burgués, que se suele “atribuir el mismo significado a las expresiones ‘Estado constitucional’ y ‘Estado burgués de Derecho’”. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p.137.

²⁰ SCHMITT, C., *op. cit.*, p.149.

²¹ De acuerdo a esa concepción del principio de legalidad, era necesario que el Estado de Derecho conciliara los derechos de las personas con la soberanía estatal. En palabras de PÉREZ LUÑO, “La superación de esta antinomia solo podía llegar a partir de una síntesis entre ambas nociones. Para

1.3.- Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional e internacional

Durante todo el siglo XIX la situación social vivida en los países europeos demostró que no obstante las grandes proclamas de libertad, igualdad y fraternidad, seguían existiendo profundas desigualdades socioeconómicas y grandes capas de la población vivían en la precariedad. Los derechos consagrados en las declaraciones de la segunda mitad del siglo XVIII protegían valores tales como la libertad, la igualdad formal, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, pero no consideraban al hombre en su condición social²² y no asumían que muchos derechos individuales inspirados en el principio de la igualdad formal quedaban como meras declaraciones de principios al no existir igualdad real entre los ciudadanos. Como dice muy bien BÖCKENFÖRDE, “las garantías jurídicas de libertad, persistiendo como tales, se convirtieron así para un número creciente de ciudadanos, sobre todo para los asalariados, en formulas vacías al carecer de los presupuestos sociales (de posesión y educación) para su realización; la acumulación de posesión se configuró como una nueva estructura de poder de y en la sociedad”²³.

Esta situación generó conflictos sociales y nuevos movimientos y doctrinas intentaron hacer frente a esta situación de distintas maneras. El movimiento obrero

ello era necesario concebir la ley no como un producto del arbitrio, sino de una voluntad general encaminada directamente a garantizar los derechos fundamentales de los individuos”. PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, p.212.

²² Por lo anterior, algunos autores entienden que las críticas al Estado liberal son, sustancialmente, críticas a sus presupuestos epistemológicos, a su falta de sentido histórico y a su incomprensión de la realidad social. Son gráficas, en este sentido, las palabras de FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, cuando afirma que “Frente a los conceptos racionalistas de igualdad y libertad, se oponen las libertades y las igualdades reales. Frente a la idea del ser humano como ser abstraído de la historia, se opone el ser concreto, instalado en determinadas circunstancias sociales. Frente al concepto de libertad como dato dogmático y a priori ético, se contraponen la libertad como situación social; es decir, como una posibilidad de comportamiento que viene condicionada, cuando no determinada, por circunstancias existenciales”. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 69, año 23, septiembre/diciembre 2003, pp.149-150.

²³ BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p.74.

comenzó a organizarse y a reivindicar mejores condiciones de trabajo. En diversas ocasiones sus manifestaciones fueron reprimidas violentamente.

Entre las doctrinas que aportaron a la construcción de la idea de los derechos sociales encontramos el socialismo democrático²⁴ y la doctrina social de la Iglesia Católica. Respecto a esta última cabe mencionar por su relevancia la Encíclica *Rerum Novarum* de 1891 del Papa LEÓN XIII. En ella se expresó la necesidad de asumir de otra manera los derechos humanos. Primero con una nueva visión de los derechos civiles, señalando la importancia del ejercicio social de la propiedad²⁵ y, en segundo lugar, rescatando el carácter social del salario y reivindicando la protección de los trabajadores, especialmente de mujeres y niños²⁶.

Sin embargo, fue probablemente el marxismo una de las ideologías más críticas con los derechos humanos y los textos normativos de la Revolución Francesa. Son clarificadoras en este sentido las palabras de MARX cuando dice que “los llamados derechos del hombre, *los droits de l’homme*, diferenciados de los *droits du citoyen*, no son sino los derechos del miembro de la sociedad civil, vale decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad”²⁷.

En cuanto a la incorporación normativa de los derechos sociales, los primeros pasos de este proceso se dan a mediados del siglo XIX. Un primer antecedente podemos encontrarlo en la declaración de derechos emanada de la Asamblea Nacional Constituyente de Frankfurt reunida en San Pablo en 1848, ya

²⁴ Para una revisión de la vinculación entre el socialismo y los derechos fundamentales *Vid.* GARCÍA MANRIQUE, R., “Socialismo y derechos fundamentales”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, pp.589-614.

²⁵ De todas formas, debe quedar claro que en la mencionada Encíclica también se rechaza las pretensiones de poner fin a la propiedad privada, reafirmando su carácter divino. LEÓN XIII, *La Rerum Novarum*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1929, pp. 5-11 y 24-26.

²⁶ LEÓN XIII, *op. cit.*, párr. 40-51.

²⁷ MARX, K., *La cuestión judía. Sobre democracia y emancipación*, Móstoles (Madrid), Santillana, 1997, p.33-34.

que en ella se proclamaban diversas aspiraciones sociales²⁸. Pero la consagración más relevante de ese periodo está sin lugar a dudas en la Constitución francesa aprobada el 4 de noviembre de 1848, que llegó a estar vigente durante tres años. En su art. 13 se contemplaron algunos derechos de carácter social como, por ejemplo, la enseñanza primaria gratuita, la igualdad en las relaciones entre el patrono y el obrero y la asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y ancianos sin medios económicos²⁹.

En la segunda parte del siglo XIX se produce el reconocimiento de derechos sociales en Alemania a través de políticas sociales desarrolladas entre 1883 y 1889. La particularidad del sistema social de la Alemania de Bismarck fue que, principalmente, se persiguió con su establecimiento mantener el control social y resguardar el orden público más que redistribuir la riqueza y alcanzar la igualdad real o efectiva³⁰.

Sin embargo, a nuestro juicio, sólo se puede hablar con propiedad de un reconocimiento general de los derechos sociales a partir de la primera mitad del siglo XX. Es en esa época cuando surgen los primeros reconocimientos constitucionales de los DESC, destacando la Constitución mexicana de 1917, los textos constitucionales de la Unión Soviética de 1918 y 1936 y, sobretodo, la Constitución de la República de Weimar de 1919.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial una gran cantidad de países elaboraron nuevas constituciones e incorporaron en ellas catálogos de derechos económicos, sociales y culturales. Entre los textos constitucionales que consagraron derechos sociales en ese periodo destacan las Constituciones francesas de 1946 y 1958, y la Constitución italiana de 1947. En el caso de la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949 no se establecieron derechos sociales pero la

²⁸ Cfr. DE CASTRO CID, B., *op. cit.*, pp.51-52.

²⁹ Cfr. DE CASTRO CID, B., *op. cit.*, p.52.

³⁰ Cfr. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., "Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento", en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, p.618.

jurisprudencia los protegió a través de la cláusula del Estado social. Respecto a América Latina, fue incluso después de la primera posguerra que muchas constituciones reconocieron derechos sociales. Es el caso, especialmente, de la Constitución de Chile de 1925, la de Perú de 1933 y las de Uruguay de 1934, 1938 y 1942, mientras en Argentina y Brasil ese reconocimiento fue posterior (respectivamente en 1946 y 1949). En Asia y África, durante el periodo descolonizador las primeras constituciones también incorporaron los derechos sociales destacando, particularmente, la Constitución de India de 1950 y la de Argelia de 1963³¹.

En España, ya la Constitución de 1931 había contemplado en su interior varios derechos sociales, pero por la brevedad de su vigencia no llegó a tener mucha aplicación. Con posterioridad, la Constitución española de 1978 actualmente vigente consagró una extensa lista de derechos, principalmente en el Capítulo III del Título I bajo la denominación “*De los principios rectores de la política social y económica*”.

Por otra parte, en el siglo XX –especialmente en su segunda mitad- se desarrolló un importante proceso de positivación de los DESC a nivel internacional. El primer paso fue probablemente el surgimiento de una organización que adquiriría gran relevancia en la defensa y promoción de los derechos sociales: la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT). El texto original de la Constitución de la OIT fue regulado en la parte XIII del Tratado de Versalles de 1919, siendo modificado y ampliado en 1946. Durante la vigencia de la OIT se han dictado más de cien convenios y recomendaciones en una serie de materias del ámbito laboral, tales como: libertad sindical, derecho al trabajo, discriminación en el empleo, condiciones dignas de trabajo y protección de niños y jóvenes.

³¹ Para más detalles sobre la incorporación normativa de los derechos sociales en los textos constitucionales, *Vid.* PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, pp.122-125 y VANOSSI, J., *El Estado de Derecho en el constitucional social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, pp.537-578.

Sin embargo los mayores avances en la internacionalización de los derechos humanos y específicamente de los DESC, datan de los años siguientes al fin de la Segunda Guerra Mundial. En la misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante DUDH), varias disposiciones proclaman la existencia de derechos económicos, sociales y culturales para todas las personas. Además, destaca como norma de política social internacional su art. 28, en el que se afirma que *“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”*.

Sucesivamente, se establecieron cartas y tratados sobre derechos sociales, tanto a nivel internacional como regional. En el marco de las Naciones Unidas, el principal instrumento es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) que entró en vigencia en 1976.

A nivel regional europeo, destacan la Carta Social Europea de 1961, en el ámbito del Consejo de Europa, y la Carta Europea de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, en el contexto de la Unión Europea. En la misma UE, tiene especial importancia la Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea del 7 de diciembre del año 2000 que por primera vez en el plano europeo intenta romper con la acostumbrada técnica de regular en forma separada los derechos individuales y los derechos sociales.

En estos momentos, uno de los principales desafíos para los derechos económicos, sociales y culturales es el de avanzar en sus garantías a nivel nacional y en el ámbito internacional. En este sentido, es fundamental la reciente adopción de la Asamblea de Naciones Unidas del Protocolo Facultativo al PIDESC en el que se introducen mecanismos de reclamación individual y colectiva contra los Estados por incumplimiento de los derechos del Pacto³².

³² Sobre el Protocolo Facultativo al PIDESC, *Vid.* Capítulo II.4, *infra*.

1.4.- El surgimiento del Estado social de Derecho

Por otra parte, todo este proceso de codificación de los DESC está estrechamente vinculado a un nuevo modelo de Estado: el Estado social de derecho. Se trata de una variante de la noción de Estado de Derecho que surge como crítica al modelo del derecho privado clásico³³. En el derecho privado clásico se niega al Estado la posibilidad de tomar decisiones que desplacen los intereses individuales en beneficio del bien común. Con el modelo de Estado social se busca la corrección de lo que se consideran disfunciones del modelo de derecho privado clásico para satisfacer las necesidades vitales de los individuos, en lo que se ha denominado persecución de la “procura existencial”³⁴. En ese contexto, diversos exponentes como, entre otros, VON STEIN, LASALLE y BLANC plantean la necesidad de reformas sociales que contribuyan a avanzar en el camino de la igualdad sustancial³⁵. Este cambio no implica entonces una ruptura con el modelo anterior sino más bien constituye una solución de compromiso en la forma de un capitalismo intervencionista³⁶ y un equilibrio entre los principios de igualdad y libertad³⁷, asignándole a esta última también una vertiente positiva que supera la noción que la vinculaba exclusivamente a la autonomía individual³⁸.

Según algunos autores uno de los temas centrales de las confrontaciones ideológicas del siglo pasado versó sobre la existencia misma de la propiedad y, más

³³ En este sentido, HABERMAS afirma “El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués”. HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2001, p.483.

³⁴ Cfr. GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1989, pp.26-30 y 95.

³⁵ Cfr. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *op. cit.*, pp.619-620.

³⁶ Cfr. AÑON ROIG, M. y GARCÍA AÑON, J. (Coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.23.

³⁷ Cfr. ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p.122.

³⁸ Cfr. TORRES DEL MORAL, A., “¿Qué igualdad?”, en *Revista de derecho político*, Núm. 44, 1998, p.83.

concretamente, sobre la propiedad privada “de los medios de producción”³⁹. El Estado social puede entenderse en ese contexto como una solución de compromiso en virtud de la cual no se cuestionan las relaciones de producción y la propiedad privada, a cambio de que el Estado intervenga en el proceso en la economía para asegurar mejores y más igualitarias condiciones de vida a los ciudadanos⁴⁰.

Como afirma FORSTHOFF, uno de los especialistas en la noción del Estado social, “la conciencia de la crisis del Estado de Derecho es general y como una superación a dicha crisis se presenta la acomodación del Estado de Derecho a las urgentes tareas sociales mediante una remodelación o reinterpretación del Estado de Derecho en tanto que Estado Social de Derecho”⁴¹.

De esta forma asume un rol fundamental la idea de justicia distributiva, permitiéndose la intervención estatal en el funcionamiento del mercado con el fin de garantizar la cobertura de las necesidades básicas como la educación, la salud, la seguridad social, la vivienda, entre otras. El surgimiento paulatino del Estado social se puede remontar a la crisis económica acaecida entre 1929 y 1933, en el segundo conflicto mundial⁴² y en el periodo inmediatamente sucesivo. En ese momento las tareas de la protección social desarrolladas por la sociedad civil en sus diversas instituciones sociales (Iglesia, familia, mercado) fueron asumidas entre las principales funciones estatales⁴³. Fue especialmente ante la crisis económica de 1929 que se impusieron en muchos países políticas económicas keynesianas caracterizadas por un rol activo del Estado en la economía, un aumento del gasto público y la

³⁹ LÓPEZ GUERRA, L., “Los derechos de propiedad”, en *Derechos y Libertades*, Año III, febrero 1998, Núm. 6, p.107.

⁴⁰ Cfr. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Zaragoza, J. M. Bosch Editor, 1997, p.45.

⁴¹ FORSTHOFF, E., “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, en AA.VV., *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp.74.

⁴² Se suele señalar como un hito importante del Estado social *el Informe Beveridge* de 1942, en pleno conflicto bélico. Dicho informe estableció los cimientos del nuevo sistema de seguridad social inglés, que pasó de ser un sistema de seguros a un verdadero sistema público universal de seguridad social basado en el principio contributivo.

⁴³ Cfr. COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, CEDAM, 1996, p.336.

existencia de un sistema fiscal progresivo. Se buscaba en definitiva mantener el modelo económico capitalista pero con mayores niveles de justicia social⁴⁴.

El momento histórico y el lugar en el que se produjo un verdadero auge del Estado social son muy acotados. Probablemente el periodo de tiempo no va más allá del lapso que comenzó con el fin de la Segunda Guerra mundial hasta inicios de la década de los setenta y ese importante desarrollo del Estado social tuvo lugar fundamentalmente en parte de Europa⁴⁵. Durante ese periodo, los gobiernos intervinieron de manera importante en la economía encontrándonos derechamente con un Estado-empresario que hizo crecer fuertemente el sector público en la economía. Se alcanzaron en ese periodo elevados niveles de crecimiento y los Estados realizaron importantes labor de redistribución de la riqueza y se aseguraron determinados niveles mínimos de bienestar a la mayor parte de la población de los países europeos⁴⁶.

Frecuentemente, la consagración de la fórmula del Estado social en las constituciones ha estado acompañada del reconocimiento de derechos sociales. Si bien parte de la doctrina ha afirmado que ellos constituyen uno de los conceptos más inciertos del derecho público⁴⁷, compartimos lo afirmado por OSUNA PATIÑO, en el sentido que los derechos sociales tienen como nota común un “ingrediente igualitario, redistribuidor de la riqueza y posibilitador de la participación

⁴⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998, p.40.

⁴⁵ El auge del Estado social en ese preciso momento histórico tiene relación con la concomitancia de diversas circunstancias de gran envergadura. Como bien se ha afirmado, “la experiencia histórica había hecho aprender a los antagonistas sociales una dura lección. Los acontecimientos de las primeras décadas del siglo XX, plagados de hechos de naturaleza diversa (Revolución socialista, crisis económica, dictadura fascista, guerras mundiales) provocaron que los agentes políticos y sociales modularan las formas de conflicto y un replantamiento de las defensas de intereses”. GARCÍA HERRERA, M., “Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p.67.

⁴⁶ Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *op. cit.*, p.44.

⁴⁷ Cfr. CASCAJO CASTRO, J., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p.47; SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, en *Revista de estudios políticos*, N° 112, 2001, pp.255-256.

efectiva de los ciudadanos en el proceso social y político”⁴⁸. Sobre la finalidad del Estado social son muy precisas las palabras de FERRAJOLI, quien ha señalado que se ha generado un cambio en los factores de legitimación del Estado pues “mientras el estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja”⁴⁹.

Las constituciones que primero adoptaron en su texto el modelo de Estado social, aunque no explícitamente, fueron la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y, especialmente, la alemana de Weimar de 1919. Esta Constitución, positivizó las concepciones jurídicas sustanciales expresadas en la fórmula del Estado social surgidas con los procesos revolucionarios de 1848. Es una opinión generalizada que la Constitución de Weimar fue el primer intento serio de conciliar los derechos individuales con los derechos sociales. Por ese motivo, inspiró muchas constituciones de la primera posguerra como, por ejemplo, la Constitución española de 1931⁵⁰. Sin embargo, a juicio de ABENDROTH, la trascendencia de las normas de la Constitución de Weimar pronto fue mermada por la jurisprudencia “al afirmar

⁴⁸ OSUNA PATIÑO, N., *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p.17.

⁴⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2000, p.862. Con una especificación mayor de los objetivos del Estado social, el constitucionalista mexicano Miguel CARBONELL ha señalado que sus principales características son:

- “a) Se constituye como un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple el papel de estabilizar la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas que sustituyen a las vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiarias), directamente productivas”. CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, Núm. 2, 2008, p.51.

⁵⁰ *Cfr.* PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, p.122.

que se trataba de fórmulas programáticas, que carecían de significación concreta y que no tenían carácter vinculante alguno para el legislador del Reich”⁵¹.

Para encontrarnos con consagraciones explícitas de la cláusula del Estado social debemos remitirnos al periodo de la segunda postguerra. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 fue la que de manera más clara consagró dicha noción, acogiendo en el art. 20.1 la fórmula del Estado federal democrático y social y el art. 28.1 la del Estado de Derecho social y democrático. En otros países europeos, aunque no se ha incluido expresamente la cláusula de Estado social, se han establecido fórmulas similares⁵². Ellas han contribuido, de diversas maneras, a satisfacer niveles básicos de prestaciones sociales para todos y en la corrección de las desigualdades sociales. En América Latina también existen constituciones que han adoptado la cláusula del Estado social, destacando especialmente su introducción con la reforma de 2004 en el art. 1.II de la Constitución de Bolivia.

En el caso de España, la cláusula del Estado social en la Carta Magna de 1978 tiene como inspiración a la Ley Fundamental de Bonn. Su inclusión se realizó en el art. 1.1, proclamándose que “*España se constituye en un estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”. Se trata de una disposición reforzada por el art. 9.2., que establece un mandato a los poderes públicos para que persigan la igualdad real o efectiva.

⁵¹ ABENDROTH, W., “El Estado de Derecho Democrático y Social”, en AA.VV., *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p.19.

⁵² Así, la Constitución italiana de 1947 en su art. 3.2 establece un deber político y jurídico del Estado en orden a remover los obstáculos que dificultan la igualdad y la libertad fáctica; la Ley Suprema de Portugal de 1976 en su art. 2 se refiere al modelo de Estado como “*democracia económica, social y cultural*” y la Constitución de la V República de Francia, de 4 de octubre de 1958, define el régimen de estado como “*una República indivisible, laica, democrática y social*”.

1.5.- Críticas al Estado social y crisis del Estado de Bienestar

Al ser la noción de Estado social una noción multidisciplinaria, las críticas han provenido desde políticos, economistas y juristas de las más diversas tendencias y corrientes de pensamiento.

Por el lado de algunas corrientes liberales, autores como NOZICK⁵³ han criticado el Estado social porque el excesivo gasto público realizado por el Estado para cumplir con las crecientes necesidades y reivindicaciones de la población se traduce en muchos casos en el aumento del déficit presupuestario. Según estas posiciones, las demandas cada vez mayores hacia el Estado han hecho que se sigan destinando recursos a políticas sociales sin considerar las reales limitaciones existentes en cada país⁵⁴.

Desde la denominada Escuela de Chicago ha venido una de las críticas más radicales, capitaneada por el economista Milton FRIEDMAN. En la misma línea de lo expresado por HAYEK⁵⁵, la objeción de FRIEDMAN al Estado social tiene que ver con una visión de sociedad donde debe dejarse el desarrollo de la economía en manos de los ciudadanos e impedir cualquier intervencionismo estatal. Ello, pues las acciones del Estado dirigidas a redistribuir la riqueza sólo constituyen beneficencia, restringen libertades⁵⁶ y, a la larga, generan distorsiones y llevan inevitablemente a los países a una crisis fiscal. Estos autores añaden que los derechos sociales no constituyen verdaderos derechos⁵⁷.

⁵³ Para revisar en profundidad la crítica de este autor al modelo de Estado social, *Vid.* NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, 333 pp.

⁵⁴ En Italia, es de esta opinión, entre otros, BOGNETTI, G., “Democrazia e Mercato”, en VIGNUDELLI, A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato, amministrazione, diritto*, Torino, Giappichelli, 2006, p.68.

⁵⁵ Recordamos al respecto la ya citada obra: HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad, Vol. 2, El espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1979, 248 pp.

⁵⁶ Es muy decidor lo dicho al respecto por NOZICK cuando afirma que “forzarle, a usted, a contribuir al bienestar de otros, viola sus derechos”. NOZICK, R., *op. cit.*, p.42.

⁵⁷ El nivel de apoyo que han tenido este tipo de afirmaciones es, según DE CASTRO CID, un síntoma evidente de la crisis del Estado social. *Cfr.* DE CASTRO CID, B., “Estado social y crisis de

Desde la izquierda, se ha señalado por parte de las posiciones marxista que el Estado social sería una contradicción porque el Estado capitalista no puede tener también el objetivo de asistir a los más débiles. Si finalmente se realizan algunas políticas sociales su finalidad sería únicamente la de disminuir las movilizaciones de los trabajadores y sus pretensiones de luchar contra el sistema capitalista.

En sectores de izquierda también se ha criticado el Estado social señalando que no sólo no ha tenido éxito en alcanzar más integración entre las clases sociales sino que, además, se ha dividido a los trabajadores puesto que algunos han efectivamente recibido algunos beneficios mientras otros han permanecido en la exclusión social y económica. Esta nueva realidad entonces no sólo implica la existencia de un núcleo duro de pobreza en cualquier Estado capitalista sino que ha significado que algunos grupos de la población se encuentren discriminados también al interior de los mismos trabajadores⁵⁸.

Todas las críticas anteriores han ido adquiriendo fuerza después del “periodo de oro” del Estado social. Se podría señalar que desde las décadas de los setenta y ochenta -y probablemente hasta nuestros días- nos encontramos ante lo que se ha denominado “crisis del Estado social”. Se trata de un fuerte cuestionamiento a dicho modelo y no, por cierto, de la idea de superarlo debido a su realización histórica. Como bien se ha dicho, los objetivos planteados por el moderno Estado social no se han alcanzado ni se han removido los obstáculos para la plena efectividad de todos los derechos fundamentales⁵⁹.

Cabe apuntar que durante la llamada crisis del Estado social se generaron importantes crisis económicas que afectaron a gran parte de nuestro planeta. Nos

los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y Libertades*, Año III, febrero 1998, Núm. 6, pp.55-56.

⁵⁸ Esta postura se encuentra especialmente en O’CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado: lucha de clases y crisis fiscal en la década de los ochenta*, Barcelona, Península, 1981, 335 pp.

⁵⁹ Cfr. GARCÍA HERRERA, M., *op. cit.*, p.66.

referimos sobretudo a las crisis económicas de 1973, de 1982 y a la actual crisis que comenzó a fines del año 2008. Las economías con una fuerte intervención estatal no lograron responder adecuadamente a esas crisis y ello ha llevado, incluso a defensores del Estado social, a plantear que dicho modelo sólo está pensado para etapas de expansión⁶⁰.

En la actualidad son múltiples los desafíos que tienen que ser enfrentados con urgencia, creatividad y eficiencia. Cuestiones como el incremento de las desigualdades internas así como entre los países más ricos y los más pobres; la falta de recursos energéticos para un futuro no muy lejano y la existencia de un “problema ecológico” de graves dimensiones requieren sin duda de (re) pensar y elaborar nuevas soluciones. No obstante, creemos que muchas de las ideas y políticas que se han formulado bajo la noción de Estado social están todavía vigentes y no deben ser tiradas por anticuadas o fracasadas. Precisamente en estos momentos podemos decir con propiedad que las crisis más relevantes que se han sucedido en los últimos treinta años han ocurrido en ámbitos de la actividad económica donde existe “menos Estado” y “más mercado” sin regulación ni gasto público. Por lo mismo, si bien el Estado social puede ser reexaminado a la luz de los cambios que han ocurrido en las últimas décadas, sus objetivos principales permanecen incluso con más fuerza que hace medio siglo atrás.

2.- Acerca de la noción de generaciones de derechos

2.1.- Origen del concepto

Por último, para terminar este capítulo, haremos algunas consideraciones acerca de la clasificación de los derechos. Cabe señalar que la evolución de los derechos humanos descrita en los acápites anteriores ha sido esquematizada de distintas maneras y VASAK ha acuñado la noción de “generaciones de derechos”,

⁶⁰ Cfr. CONTRERAS PELÁEZ, F., “El Debate Ideológico Actual Sobre el Estado del Bienestar”, en THEOTONIO, V. y PRIETO, F. (Dir.), *Los Derechos Económico-Sociales y la Crisis del Estado de Bienestar*, Córdoba, Etea, 1996, p.8.

afirmando que existen diversas clases de derechos humanos, originadas en sucesivos periodos de tiempo y que tienen, cada una de ellas, elementos que las diferencian de las demás⁶¹.

De esta manera, los derechos civiles y políticos (en adelante, DCP), por haber sido los primeros en ser reconocidos por Declaraciones y Constituciones serían los derechos de primera generación, mientras que los DESC pasarían a ser los de segunda generación. A los anteriores derechos se han agregado posteriormente otros que vendrían a constituir una tercera generación de derechos y que serían los llamados derechos de solidaridad, entre los que estarían: el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad⁶². Acerca de estos derechos de solidaridad existe una propuesta de VASAK, quien ha elaborado un anteproyecto para un tercer pacto internacional que proteja los derechos de tercera generación, codificándose aquellos que habrían alcanzado un nivel de madurez suficiente⁶³. Incluso, se ha llegado a hablar también de derechos de cuarta generación en referencia a los derechos relacionados con el progreso tecnológico que afectan cuestiones relacionadas con la bioética como ocurre con el aborto, la eutanasia y los tratamientos genéticos⁶⁴.

⁶¹ Cfr. VASAK, K., “La larga lucha por los derechos humanos”, en *El Correo de la Unesco*, Vol. XXX, noviembre 1977, p.29.

⁶² La lista de los derechos de tercera generación dista mucho de ser consensuada. Los que han sido mencionados son los planteados por KAREL VASAK y probablemente los más aceptados por la doctrina internacional de los derechos humanos. Sin embargo, otros autores enmarcan dentro de esta categoría de derechos, a los derechos de los consumidores y a la libertad informática. Cfr. PÉREZ LUÑO, A., “Le generazioni dei diritti umani?”, en RICCOBONO, F. (Coord.), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp.140-145.

⁶³ Cfr. VASAK, K., “Revisiter la troisième génération des droits de l’homme avant leur codification”, en AA.VV., *Hector Gross Espeill Amicorum Liber*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.1667-1679.

⁶⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “Las generaciones de derechos humanos”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p.411.

2.2.- Críticas al concepto de “generaciones de derechos”

La noción de las “generaciones de derechos humanos” ha sido criticada por múltiples autores y por distintas razones; sin embargo pueden distinguirse críticas formales y de fondo a este concepto.

Por objeciones de tipo formal nos referimos básicamente a aquellos autores que, no rechazando la noción misma de generaciones de derechos, han planteado la clasificación de los derechos en términos diferentes a VASAK y a la forma en que frecuentemente es usada. Entre estos autores se encuentra SQUELLA NARDUCCI, según el cual los derechos de primera generación serían los derechos civiles (a los que llama también “de autonomía”), los de segunda serían los derechos políticos (a los que llama “de participación”) y los de tercera serían los derechos económicos, sociales y culturales (a los que denomina “de promoción”)⁶⁵. El supuesto de esta clasificación de las generaciones de derechos, es que los derechos civiles y los derechos políticos no surgieron de manera conjunta en el discurso de los derechos humanos. En efecto, ello tiene respaldo histórico: las primeras declaraciones de derechos proclamaban de manera universal diversos derechos individuales, pero seguían restringiendo derechos políticos como el derecho al sufragio. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 tenía una inspiración liberal, no una vocación democrática.

Este planteamiento es reafirmado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, cuando expresa que “los derechos políticos estarán a caballo entre los dos (*los civiles e individuales por un lado y los sociales por otro*)⁶⁶ y será históricamente inexacto afirmar que pertenecen a la misma generación que los individuales y civiles. Suponen una segunda generación, al menos inicialmente, más impulsada por quienes propugnaban los derechos sociales en el siglo XIX, que por quienes lo hicieron con

⁶⁵ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp.195-197.

⁶⁶ Lo agregado en cursivas es nuestro.

los individuales y civiles en el siglo XVIII⁶⁷. Por tanto, como podemos ver, aún entre quienes aceptan la distinción entre generaciones existen diferencias en cuanto a clasificar los distintos tipos de derechos que se habrían dado de manera sucesiva en el orden temporal.

En segundo lugar, se han planteado también críticas de fondo a la idea planteada por VASAK. El fundamento principal de dichas discrepancias se encuentra en una idea que se ha ido imponiendo en la doctrina internacional de los derechos humanos: la tesis de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. El planteamiento central de esta idea es que, al revés de lo que se pensaba en épocas anteriores, las distintas clases de derechos humanos no se encuentran en contraposición entre sí. En efecto, por mucho tiempo se afirmó que entre los denominados derechos de primera generación y los derechos humanos económicos, sociales y culturales, existiría una diferencia de fondo, en virtud de la cual estos últimos serían meras expectativas más que derechos propiamente tales y no tendrían por tanto el mismo grado de obligatoriedad que los primeros. En la actualidad, en cambio, se entiende que los derechos humanos son interdependientes, porque ya nadie desconoce que existen situaciones en que los derechos humanos de distinto tipo entran en recíprocas relaciones. A lo anterior se agrega que la idea de las generaciones de derechos se fundamenta en una concepción que considera el proceso de reconocimiento de los derechos como lineal y unívoco cuando, en cambio, se trata más bien de un fenómeno complejo con múltiples avances y retrocesos⁶⁸.

En nuestra opinión, es efectivo que la noción de generaciones de derechos adolece de errores conceptuales, particularmente porque no es precisa en el surgimiento histórico de los distintos tipos de derechos humanos. Además, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, requiere de una visión

⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *op. cit.*, p.16.

⁶⁸ *Cfr.* AÑON ROIG, M., “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, p.23; PISARELLO, G., *op. cit.*, pp.25-26.

integradora y no de la separación de derechos en categorías diferentes. No obstante lo anterior, creemos que la noción de las generaciones puede prestar utilidad –con las salvedades realizadas- pero sólo en la medida en que se refiera al orden cronológico en que los derechos humanos alcanzaron un reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de los países, y no implique la preponderancia de algunos derechos sobre otros.

2.3.- Propuesta alternativa para describir la evolución de los derechos humanos

Después de las críticas señaladas a la concepción de las generaciones de derechos podemos decir que nos parece más adecuada y completa la doctrina que grafica la evolución de los derechos humanos en “fases” o “etapas”, más que en categoría de derechos⁶⁹. Esas fases serían las de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación.

A las dos primeras fases nos referimos en las páginas anteriores, siendo la positivación el proceso de codificación de los derechos humanos, primero en forma estamental y después de manera universal. La generalización constituiría la ampliación de la titularidad de los derechos humanos: sería en el fondo el momento en que los derechos humanos vienen reconocidos a todas las personas por igual. El periodo de la expansión puede asimilarse al concepto de “generaciones de derechos”, ya que es el proceso de extensión de los derechos humanos a nuevos derechos que no estaban reconocidos.

Respecto a las etapas de internacionalización y de especificación, creemos que ellas merecen una explicación especial. La internacionalización se desarrolló principalmente a partir de la segunda guerra mundial y puede describirse como el periodo en el que los derechos humanos dejan de ser reconocidos solamente en el

⁶⁹ Con algunas variaciones esta forma de entender la evolución de los derechos humanos es asumida por varios autores. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, pp.241-262; PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, pp.108-130; ARA PINILLA, I., *op. cit.*, pp.133-134.

ámbito interno y pasan a ser consagrados por el derecho internacional a través de declaraciones, pactos y tratados. Como ya mencionamos anteriormente, las primeras manifestaciones de este fenómeno fueron la Declaración Americana y la DUDH, ambas de 1948. Posteriormente en el año 1966, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y el PIDESC reforzaron el reconocimiento de los derechos humanos de manera vinculante para los Estados Partes. En conjunto, la DUDH y los dos pactos de 1966 constituyen la “Carta Internacional de Derechos Humanos”. En las últimas décadas este fenómeno de codificación internacional de los derechos humanos continúa produciéndose y se han celebrado múltiples tratados de derechos humanos a nivel internacional y regional⁷⁰.

En cuanto al periodo denominado “especificación de los derechos humanos”, es posible definirlo como la atribución de determinadas prerrogativas a aquellas personas que, por determinadas circunstancias, pueden encontrarse en una posición desmedrada dentro de la sociedad. Se habla en este caso de la protección, entre otros, de los “derechos de la mujer”, de “derechos del niño” y de los “derechos de los pueblos indígenas”. A modo ejemplar, podemos mencionar como parte del proceso de especificación la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

⁷⁰ En el plano de la protección de los derechos civiles, el Estatuto de Roma de la Corte Internacional de 1998 constituye un paso fundamental, al establecer la un tribunal internacional para los crímenes más graves contra las personas.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.- Los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la DUDH y en el PIDESC

Después de finalizada la Segunda Guerra Mundial una de las principales preocupaciones de los gobiernos fue la de consagrar universalmente derechos para todas las personas. El contexto donde se discutió cuáles derechos debían ser reconocidos, sus mecanismos de protección y otros aspectos relacionados, fue la recién creada Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) y el primer paso que debía darse fue la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹.

En el debate que se produjo entre los representantes de los Estados, los países occidentales tenían como principal objetivo que se protegieran todos los bienes jurídicos que habían sido mayormente afectados en el reciente conflicto bélico: la vida, la integridad física, la libertad de expresión y, en general, todos los derechos civiles y políticos. Además, el reconocimiento sólo de esa clase de derechos era coherente con la tradición jurídica de esos países, especialmente de Inglaterra, Estados Unidos y Francia². En cambio, los gobiernos del bloque socialista pusieron mayor énfasis en que se reconocieran los derechos económicos,

¹ En esta parte, referida a la elaboración de la DUDH y de los dos pactos internacionales, seguiremos especialmente a René CASSIN –quien es identificado comúnmente como “el padre de la DUDH”- y Antonio CASSESE. *Cfr.* CASSIN, R., “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, en AA.VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp.399-407; CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1993, pp.31-57.

² Es gráfico que, según HENDRICK, representante de Estados Unidos en la discusión de la DUDH, su país perseguía “obtener una declaración que fuese la copia en papel carbón de la Declaración norteamericana de independencia y de la Declaración norteamericana de los derechos del hombre”. CASSESE, A., *op. cit.*, pp.42-43.

sociales y culturales, porque, a su entender, ellos eran cotidianamente vulnerados en las naciones del bloque occidental³.

Sin embargo, este debate ideológico este-oeste entraba en contradicción con las afirmaciones de quien, probablemente, fue uno de los inspiradores de la DUDH. Nos referimos al famoso discurso del ex presidente de Estados Unidos Franklin DELANO ROOSEVELT del 6 de enero de 1941, en el que, para muchos, se expresa por primera vez la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos⁴. En ese mensaje al Congreso de su país, ROOSEVELT manifestó que “Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres”.

Finalmente, en la DUDH se consagraron tanto DESC como DCP pero con un predominio de estos últimos. Esto, junto a otras razones, motivó en definitiva la abstención de los seis países del bloque socialista miembros de la ONU (URSS, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Bielorrusia y Ucrania)⁵.

No obstante, la DUDH no terminó siendo una copia de las declaraciones revolucionarias de fines del siglo XVIII. En su versión final no se recogieron sólo derechos civiles sino también otras clases de derechos, lo que ha llevado a afirmar que “la Declaración constituye un delicado y sano equilibrio entre las diferentes

³ Cfr., CASSESE, A., *op. cit.*, pp.42-43.

⁴ Son muchos los autores que resaltan el destacado papel que tuvieron en el proceso de internacionalización de los derechos humanos Franklin D. Roosevelt y Eleanor Roosevelt. Se expresa esta opinión en, por ejemplo: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *op. cit.*, pp.29-30 y CASSESE, A., *op. cit.*, p.43; EIDE, A., “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en EIDE, A.; KRAUSE, C.; y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.15.

⁵ Por otros motivos, se abstuvieron también la Unión Sudafricana, Arabia Saudita y decidieron no votar Honduras y Yemen.

ideologías y concepciones de los derechos humanos y de la sociedad que existían en la época de su redacción”⁶.

Para CASSIN, se podían contemplar en su texto cuatro clases diferentes de derechos humanos: derechos y libertades de orden personal, derechos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales de que forman parte, derechos políticos y, por último, derechos que se ejercen en el campo económico y social⁷.

En el caso justamente de los derechos económicos, sociales y culturales su consagración se realizó en los arts. 22 a 27 de la Declaración, en los cuales se reguló el derecho de toda persona a la seguridad social (art. 22); el derecho al trabajo y a un salario equitativo (art. 23); el derecho a sindicarse libremente (art. 23); el derecho al descanso y a vacaciones pagadas (art. 24); el derecho a la educación (art. 26) y el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad (art. 27). En el art. 25 se consagra el derecho a un nivel de vida adecuado, que comprende a su vez, entre otros, los derechos a la protección de la familia, a la salud, a la alimentación, a la vivienda. En esa misma disposición se reconoció la importancia de otorgar asistencia especial a la maternidad y a la niñez, y se consagró el principio de la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Con posterioridad a la aprobación de la DUDH, se le encomendó a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que procediera a elaborar algún instrumento jurídico que recogiera los mismos derechos de manera legalmente vinculante para los Estados⁸. Debía ser enfrentada la cuestión de si se requería la

⁶ ORAÁ, J., “La Declaración Universal de Derechos Humanos”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p.130.

⁷ CASSIN, R., “La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, en AA. VV., *Recueil des tours de l’Académie de Droit International de la Haye, Vol. 79, 1951-II*, pp.43, *cit.* por CASSESE, A., *op. cit.*, p.47.

⁸ Respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, si bien, en estricto rigor, no tenía en un principio carácter vinculante para los Estados, según la mayoría de la doctrina ha pasado a ser

elaboración de un solo pacto de derechos humanos o de dos pactos diferentes. La respuesta la resolvió la Asamblea General de las Naciones Unidas en una resolución de 1950 encomendando a la Comisión la elaboración de un solo pacto⁹. Sin embargo, sucesivamente esa decisión fue revertida debido fundamentalmente a presiones de los países del bloque occidental y las Naciones Unidas decidió adoptar dos instrumentos distintos: el PIDCP y el PIDESC¹⁰.

Por otra parte, aunque la DUDH contempló en algunas de sus disposiciones DESC, la adopción del PIDESC significó un paso muy relevante para esta clase de derechos: por primera vez se estableció un instrumento a nivel internacional que los reconociera de manera vinculante para los Estados. Además, su importancia reside en la gran cantidad de países que han ratificado esta convención y que le dan un verdadero carácter universal¹¹.

El PIDESC reconoció en términos generales los mismos DESC contemplados en la DUDH. No obstante, se establecieron algunos derechos nuevos. Destaca, especialmente, el derecho a la autodeterminación de los pueblos consagrado en el art. 1 del PIDESC y del PIDCP, impulsado principalmente por los países que en esos momentos estaban en pleno proceso descolonizador. Otros derechos incorporados en el PIDESC fueron al derecho de huelga (art. 8.1.d)) y los derechos a la alimentación (art. 11.2.) y a la salud (art. 12), reconocidos estos últimos autónomamente y no sólo como parte del derecho a un nivel adecuado de vida como en la DUDH.

Por otro lado, además de su fuerza vinculante, la importancia del PIDESC está en que existe un órgano encargado de vigilar el cumplimiento de sus

vinculante porque consagra normas de *jus cogens*, esto es, normas imperativas del derecho internacional.

⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución 421(V), de 4 de diciembre de 1950.

¹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución 543 (VI), de 5 de febrero de 1952.

¹¹ Al día 5 de julio de 2009, son 160 los Estados Partes del PIDESC. *Cfr.* [<http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/3.htm>], 5 de julio de 2009.

disposiciones: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité de DESC). Dicho órgano fue creado en 1985, a través de la Resolución 1985/17 del 28 de mayo, por el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas (en adelante, ECOSOC) que era, en principio, el ente supervisor establecido en el mismo PIDESC. Sin embargo, se optó finalmente por crear el Comité de DESC que, a diferencia del ECOSOC, es un órgano de carácter más técnico que político¹².

El procedimiento de control está regulado entre los arts. 16 a 25, pero especialmente en los arts. 16 a 17 del PIDESC. A través de la Resolución 1988/4 del ECOSOC de fecha 4 de mayo de 1988, se estableció la obligación de los Estados de presentar informes de manera quinquenal señalando las medidas que han adoptado y los progresos realizados en relación a los derechos del Pacto. El Comité de DESC analiza los informes recibidos, apoyándose para ello en la colaboración de agencias especializadas de la ONU en relación a los distintos derechos del PIDESC (por ejemplo, puede cooperar la Organización Mundial de la Salud en relación al derecho a la salud o la OIT respecto a los derechos laborales). Cuando lo estime conveniente, el Comité puede formular preguntas a los Estados para que aclaren algunos puntos de sus informes o la situación específica de algunos derechos. Finalmente, el procedimiento termina con unas observaciones finales, en las que el Comité enuncia los aspectos que considera positivos en los informes y los factores que dificultan la aplicación del Pacto o le merecen preocupación, para terminar con unas recomendaciones dirigidas a mejorar la situación de los DESC que se encuentran en situación más deficitaria. Es importante señalar que desde 1993 las Organizaciones No Gubernamentales (en adelante, ONG's) tienen más posibilidades para hacer valer sus alegaciones ante el Comité.

¹² *Cfr.* MILÁ MORENO, J., “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p.200.

Esta forma de supervisar el cumplimiento de los derechos del PIDESC ha sido denominada “diálogo constructivo”¹³ y es criticada porque no existe un sistema de quejas individuales como ocurre con el PIDCP¹⁴, redundando ello en que el cumplimiento de las disposiciones del Pacto queda mayormente a discreción de los Estados¹⁵.

2.- Las obligaciones del PIDESC en las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en las observaciones finales a los informes de los Estados

El Comité de DESC ha establecido principalmente a través de dos formas su interpretación de las obligaciones derivadas del PIDESC. La primera, dice relación con las observaciones finales a los informes de cada país, a lo que ya nos referimos anteriormente. La segunda está constituida por sus observaciones generales que se traducen en la interpretación que el Comité realiza de alguna disposición del Pacto o de un aspecto de los DESC que estima relevante aclarar¹⁶. Enseguida, apoyándonos, tanto en las conclusiones finales del Comité sobre los informes de los países, como en sus observaciones generales, nos referiremos a una serie de criterios que dicho órgano ha establecido en cuanto al cumplimiento de los DESC¹⁷.

¹³ MILÁ MORENO, J., *op. cit.*, p.201.

¹⁴ Ahondaremos en este punto en el acápite referente al Proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC.

¹⁵ *Cfr.* PINESCHI, L., “Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali”, en PINESCHI, L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pp.145-146.

¹⁶ Hasta la fecha se han adoptado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 19 observaciones generales sobre las disposiciones del PIDESC. *Cfr.* [www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm], 5 de julio de 2009.

¹⁷ En los casos en que sea pertinente, citaremos también, los “Principios de Limburgo sobre la implementación de los PIDESC” (1986) y las “Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales” (1997), dos documentos elaborados por grupos de expertos sobre obligaciones de los Estados en materia de DESC. En especial, las Directrices de Maastricht han sido utilizadas por el Comité de DESC para evaluar los informes de los Estados y elaborar las observaciones generales.

2.1.- Realización progresiva de los derechos del Pacto y obligación de adoptar medidas

Es muy común la distinción entre reconocimiento y garantización de los derechos. El reconocimiento significa básicamente asumir la existencia de determinados derechos dentro del ordenamiento jurídico, mientras que la garantización es la posibilidad de contar con herramientas jurídicas apropiadas para poder exigir el cumplimiento de los derechos ante los órganos jurisdiccionales u otras vías institucionales.

En el PIDESC la diferenciación entre reconocimiento y garantización adquiere especial relevancia en el art. 2.1. En esa disposición se establece que *“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*.

De la disposición transcrita, se desprende que los derechos reconocidos en el Pacto sólo pueden ser garantizados en forma “progresiva”, lo que constituye una importante diferencia con el PIDCP que en su art. 2.3 incorpora una obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos y exige a los Estados Partes que garanticen un recurso efectivo a las personas que consideren que sus derechos han sido violados. Sin embargo, a juicio del Comité el principio de progresividad no implica que los derechos reconocidos en el Pacto carezcan de valor y queden a la mera discrecionalidad de los Estados¹⁸. La progresividad implica solamente asumir con

¹⁸ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 1-2 y 9.

flexibilidad las dificultades que pueden existir en cada país para realizar los DESC y limitar las posibilidades de políticas regresivas¹⁹.

Al respecto, lo primero que cabe señalar es que el PIDESC exige a los Estados Partes que “*adopten medidas*”. Como venimos señalando, el hecho de que los DESC, en determinados casos, sólo puedan alcanzarse paulatinamente no significa que su cumplimiento quede al arbitrio de los gobiernos nacionales. Por ello, los Estados deben mencionar en sus informes quinquenales las medidas que han adoptado para mejorar la situación de los DESC en su país. Además, debe demostrarse que esas medidas han sido “*deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”²⁰.

Las medidas adoptadas por los Estados pueden ser de diferente naturaleza, ya que el art. 2.1 del Pacto se refiere a “*todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas*”. Precisamente sobre la elaboración de leyes, se cree que este tipo de medidas en algunos casos pueden ser indispensables para avanzar en la realización de los DESC, en especial para evitar las discriminaciones.

De todas formas, los “medios apropiados” pueden en ocasiones ser otros y cada Estado debe explicar porqué estima que la medida adoptada es la más indicada en consideración de las circunstancias específicas que se producen en su caso. Entre otras medidas el Comité se refiere a las de carácter administrativo, financiero, educacional y social. En último término, el mismo Comité debe apreciar la

¹⁹ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 9. Por otra parte, se ha expuesto con claridad por Pedro NIKKEN que la progresividad no es sólo una característica de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que constituye un principio consagrado de una u otra manera en todos los tratados internacionales de derechos humanos. Este autor, afirma también que la progresividad no es en absoluto sinónimo de no exigibilidad de los derechos. Sobre estas cuestiones y en general sobre el principio de progresividad en el ámbito de los derechos humanos, *Vid.* NIKKEN, P., *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, 321 pp.

²⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 2.

“propiedad” de las medidas²¹. Para ello nos parece la existencia de indicadores objetivos que permitan evaluar técnicamente la evoluciones y avances en la realización de los derechos sociales. Con base en la información estadística con la que cuentan, distintos organismos especializados de Naciones Unidas han avanzado en la construcción de indicadores estructurales, de proceso y de evolución de derechos sociales básicos como, entre otros, el derecho a la salud y el derecho a la educación²².

Por otra parte, el Comité de DESC ha resaltado frecuentemente, entre las posibles medidas, la importancia de la existencia de recursos judiciales efectivos para hacer valer los derechos²³. De hecho, aunque señalamos anteriormente que corresponde a los Estados Partes determinar el medio más apropiado para la realización de los DESC, “*el Comité entiende que, en muchos casos, los demás ‘medios’ utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales*”²⁴.

²¹ Cfr., COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 4.

²² Por ejemplo, en el informe del PNUD del año 2006 se pueden revisar datos sobre la evolución del gasto público en educación y sobre la evolución de las tasas de alfabetización y de matriculación en enseñanza primaria, secundaria y terciaria. Cfr. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre desarrollo humano 2005*, (versión en castellano), Madrid, Ediciones Mundi-Prensa 2005, 2005, pp. 320-326. A nivel regional destaca el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser/L/V/II.132, Doc. 14, 19 de julio de 2008. Para ahondar en la relevancia de los indicadores en la medición de la realización de los derechos sociales *Vid.*: TOMASEVSKI, K., “Indicators”, en EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.531-543; EIDE, A., “The Use of Indicators in the Practice of the comité on Economic, Social and Cultural Rights”, en EIDE, A; KRAUSE, C.; y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp .545-551; CHACON MATA, M., *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007, 126 pp.

²³ En el caso del derecho a la vivienda se mencionan los diversos aspectos que pueden ser protegidos a través de recursos judiciales. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 4 (1991), *El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, Ginebra, 13 de diciembre de 1991, párr. 17. No obstante, el Comité expresa en casi todas las observaciones generales su preocupación por la existencia de recursos judiciales apropiados que protejan los derechos del Pacto.

²⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 9 (1998), *La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, Ginebra, 3 de diciembre de 1998, párr. 3.

De igual manera, se ha hecho presente de manera permanente en las conclusiones a los informes de los Estados, que éstos deben adoptar medidas para que los derechos contenidos en el Pacto puedan ser invocados ante los tribunales. Así, por ejemplo, en las conclusiones al último informe presentado por el Estado de Chile el Comité de DESC sugirió que “*El Estado Parte debería velar por que en la formación judicial se tenga plenamente en cuenta la exigibilidad de los derechos enunciados en el Pacto, y adoptar medidas para que se conozca mejor la posibilidad de invocar sus disposiciones ante los tribunales*”²⁵.

Por último, es necesario tener en consideración que el Comité de DESC ha recogido la doctrina de los tres niveles de obligaciones²⁶, de acuerdo a la cual los Estados tienen obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales²⁷. Aunque nos extenderemos más sobre este punto posteriormente, podemos adelantar que el Comité de DESC ha interpretado las disposiciones del PIDESC, identificando con claridad los tres tipos de obligaciones en materia de DESC. Así, se señala que las obligaciones de “respetar” requieren que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, las de “proteger” exigen al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros y las de “cumplir” requieren que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos²⁸. Lo anterior, implica que los Estados deberán adoptar, respecto a cada uno de los derechos del PIDESC, medidas de diferente naturaleza dependiendo del nivel de obligación de que se trate.

²⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observaciones finales: Chile*, E/C.12/1/Add.105, Ginebra, 1 de diciembre de 2004, párr. 29.

²⁶ Aunque la existencia de tres niveles de obligaciones respecto de los DESC ha sido reconocida en diversas observaciones generales, *Vid.*, especialmente, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 12 (1999), *El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra, 12 de mayo de 1999, párr. 15 y Observación general N° 16 (2005), *La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2005/4, Ginebra, 11 de agosto de 2005, párr. 17.

²⁷ En el Capítulo IV se profundizará en el estudio de estos tres niveles de obligaciones. *Vid.* Capítulo IV.2, *infra*.

²⁸ *Vid.* Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, 1997, párr. 6.

2.2.- Prohibición de regresividad y medidas restrictivas

Una de las obligaciones que entraña el principio de progresividad se traduce en la prohibición de adoptar medidas regresivas. Así lo ha entendido el Comité de DESC.

De acuerdo a lo señalado por dicho organismo el Estado podrá demostrar que adoptó una medida después de considerar todas las alternativas posibles, con referencia a la totalidad de los derechos consagrados en el PIDESC y a los recursos disponibles. Eventualmente los jueces podrán evaluar la pertinencia de la medida regresiva adoptada entre todas las posibles y el Estado deberá justificar las razones que llevaron a descartar las otras alternativas. Se produce una suerte de inversión del *onus probandi* para el Estado en caso de medidas regresivas pues se presume que no cumplió con sus obligaciones internacionales salvo prueba en contrario²⁹.

Cabe decir que las diversas obligaciones estatales en materia de no regresividad señaladas por el Comité en sus Observaciones Generales no han tenido una aplicación rigurosa en las recomendaciones que este órgano ha formulado a los Estados Partes. Se ha dicho al respecto que “el lenguaje “fuerte” de las observaciones generales se transforma en lenguaje “débil” durante el procedimiento de monitoreo”³⁰.

En cuanto a las limitaciones a los derechos del PIDESC de acuerdo al art. 4 se establece que: a) las medidas restrictivas deben ser adoptadas por la ley y, b) las medidas deben ser adoptadas únicamente por ser necesarias en pos del bienestar

²⁹ ROSSI, J., “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.91.

³⁰ ROSSI, J., *op. cit.*, p.107.

general en una sociedad democrática³¹ y, c) las medidas restrictivas deben ser “*compatibles con la naturaleza de esos derechos*”.

Por otra parte, se ha señalado que es posible deducir de la jurisprudencia del Comité de DESC una mayor exigencia para la adopción de medidas restrictivas en el caso de los llamados grupos desaventajados o vulnerables³².

2.3.- Cumplimiento de niveles mínimos de los derechos del Pacto

Aunque existe cierta flexibilidad en la forma de realizar los DESC, los Estados siempre deben cumplir con algunas obligaciones mínimas en relación a los derechos del Pacto. El Comité de DESC ha señalado que corresponde a cada Estado una obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos³³. Se establece el principio de que un Estado que no garantiza niveles básicos de los derechos del PIDESC *prima facie* no está cumpliendo con sus obligaciones³⁴.

En todo caso, el Comité ha expresado que, para evaluar si un Estado ha cumplido con sus obligaciones mínimas, deben considerarse las eventuales limitaciones de recursos, lo que concuerda con el texto del PIDESC, que señala la obligación de tomar las medidas necesarias “*hasta el máximo de recursos de que disponga*”. Le corresponderá a cada Estado probar en sus informes que ha utilizado los recursos de que dispone para cumplir con sus obligaciones mínimas en relación a los derechos del Pacto y, eventualmente, demostrar que esos recursos son insuficientes³⁵. Se produce entonces, nuevamente una inversión del *onus probandi*.

³¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que debe tratarse de una “necesidad social imperiosa”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: caso “Dudgeon”, sentencia del 22 de octubre de 1981, párr.51.

³² Cfr. ROSSI, J., *op. cit.*, pp.103-105.

³³ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 10.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

Además, nunca será admisible el no cumplimiento de las obligaciones de vigilar las medidas de realización –o no realización- y de elaborar estrategias y programas de promoción³⁶.

En posteriores observaciones generales el Comité señaló que la obligación estatal de garantizar el contenido mínimo de los derechos del Pacto no admite incumplimiento³⁷. Por tanto, las medidas regresivas que afecten los contenidos mínimos de los derechos del Pacto serán siempre ilegítimas³⁸.

2.4.- Principio de no discriminación

No obstante la existencia del principio de progresividad, se ha entendido que una de las obligaciones de efecto inmediato para el Estado está constituida por el respeto al principio de no discriminación en la garantía de los derechos reconocidos en el PIDESC. La no discriminación constituye un principio reconocido de manera transversal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, encontrándose consagrado en los arts. 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Comité de DESC, en sus observaciones generales ha hecho continuas referencias al principio de no discriminación en relación a los diversos preceptos del PIDESC. Por ejemplo, en relación al derecho a la vivienda, el Comité ha señalado que “tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada,

³⁶ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 11.

³⁷ *Vid.*, especialmente, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general 14 (2000), *El derecho al disfrute de nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 43 y Observación general 15 (2002), *El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, 11-29 de noviembre de 2002, párr. 42.

³⁸ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general 14 (2000), *El derecho al disfrute de nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 48 y Observación general 15 (2002), *El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, 11-29 de noviembre de 2002, párr. 42.

independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del art. 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación”³⁹.

Además, el Comité se ha referido a dos tipos de discriminación: una directa y otra indirecta. La directa está dada por la negativa a conceder determinados derechos, mientras la indirecta se produce cuando los Estados no remueven los impedimentos que obstaculizan a las personas ejercer sus derechos⁴⁰. Los Estados Partes deben adoptar medidas para eliminar ambos tipos de discriminación.

Este objetivo de terminar con los diversos tipos de discriminación existentes ha sido también objeto de las observaciones finales del Comité en relación a los informes de los Estados. Así, en el caso del Estado español, el Comité ha manifestado su preocupación por la discriminación que se produce en el goce de algunos derechos para diversos grupos de la población, como los extranjeros indocumentados y los romaníes (gitanos)⁴¹.

Por otra parte, si bien la prohibición de no discriminar en materia de DESC es de carácter general, el Comité ha puesto un especial ahínco en las desigualdades de género, haciendo referencia a ello en la mayoría de sus observaciones generales⁴².

³⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 4 (1991), *El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, Ginebra, 13 de diciembre de 1991, párr. 6.

⁴⁰ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 5 (1994), *Personas con discapacidad*, E/1995/22, Ginebra, 9 de diciembre de 1994, párr. 15.

⁴¹ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observaciones finales: España*, E/C.12/1/Add.99, Ginebra, 7 de junio de 2004, párr. 7, 9, 12, 15.

⁴² *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 4 (1991), *El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, Ginebra, 13 de diciembre de 1991, párr. 6; Observación general N° 5 (1994), *Personas con discapacidad*, E/1995/22, Ginebra, 9 de diciembre de 1994, párr. 19; Observación general N° 6 (1995), *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, E/C.12/1995/16, Ginebra, 8 de diciembre de 1995, párr. 20-21; Observación general N° 7 (1997), *El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzados*, E/1998/22, Ginebra, 20 de mayo de 1997, párr. 10; Observación general N° 12 (1999), *El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra, 12 de mayo de 1999, párr. 26; Observación general N° 14 (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, Ginebra,

Incluso, la importancia de esta temática ha hecho que recientemente se haya decidido desarrollarla en profundidad de manera especial en una observación general⁴³. En el PIDESC se establece la prohibición de discriminar por razones de sexo junto a otros elementos en el art. 2.2 del PIDESC y de manera autónoma en el art. 3, el cual establece que “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*”.

El Comité señaló en la mencionada observación general que debe ponerse igual énfasis en medidas dirigidas tanto a la igualdad formal como a la igualdad sustantiva⁴⁴ y, si bien la prohibición de discriminar por razones de género rige en todos los derechos del Pacto, mencionó algunos ejemplos concretos como: la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, en el acceso a las prestaciones sociales, en la titularidad del derecho a la vivienda, en el disfrute del derecho a la salud y en el derecho de educación y al goce de los beneficios del progreso científico⁴⁵. Por último, el Comité también se refirió a la necesidad de conceder a la familia la más amplia protección y de proteger a las mujeres de la violencia de género, ya que, además de afectar la integridad física de las víctimas de este flagelo, menoscaba el acceso en pie de igualdad al disfrute de los DESC⁴⁶.

11 de agosto de 2000, párr. 20-21; Observación general N° 15 (2002), *El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, Ginebra, 20 de enero de 2003, párr. 16 a); Observación general N° 18, *El derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18, Ginebra, 6 de febrero de 2006, párr. 13.

⁴³ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 16 (2005), *La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2005/4, Ginebra, 11 de agosto de 2005.

⁴⁴ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 16 (2005), *La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2005/4, Ginebra, 11 de agosto de 2005, párr. 7-9.

⁴⁵ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 16 (2005), *La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2005/4, Ginebra, 11 de agosto de 2005, párr. 23-31

⁴⁶ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 16 (2005), *La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2005/4, Ginebra, 11 de agosto de 2005, párr. 27.

En relación a la discriminación por razones de género en España, el Comité manifestó en las conclusiones al último informe que *“aprecia las medidas adoptadas por el Estado Parte para promover la igualdad de género, en particular en el marco del Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 2003-2006, pero le siguen preocupando las persistentes desigualdades de género en el Estado Parte, sobre todo en lo que concierne a la participación de la mujer en la adopción de decisiones y el mercado laboral”*⁴⁷.

2.5.- Situación especial de algunos derechos del PIDESC

Aunque la progresividad implica que los derechos del PIDESC se pueden cumplir de manera paulatina, existen algunos derechos que están regulados de manera diferente. Nos referimos al derecho a la libertad sindical (apartados a), b) y c) del art. 8); al derecho de huelga (apartado d) del art. 8); a la protección de los menores, en especial la prohibición del trabajo infantil (art. 10, párr.3); al derecho de los padres a escoger libremente la escuela de sus hijos (art. 13, párr. 3); al derecho a la libertad de enseñanza (art. 13, párr. 4) y al derecho a la libertad en la investigación científica y creadora (art. 15, párr. 3).

En el caso de esos derechos el PIDESC utiliza una redacción muy diferente al usado en las otras normas. En efecto, en las demás disposiciones se establece que los *“Estados Partes en el presente Pacto reconocen...”*, haciéndose después mención a cada uno de los derechos, como, por ejemplo, el derecho a trabajar (art. 6), el derecho a la seguridad social (art. 9) y el derecho a la salud (art. 12). En cambio, en el caso de los derechos anteriormente mencionados la redacción en algunos casos cambia y se utilizan las expresiones *“garantizar”* (en el caso de la libertad sindical y del derecho a huelga) y *“respetar”* (en el derecho de los padres a escoger libremente la escuela de sus hijos y en el derecho a la libertad en la investigación científica y creadora). En el caso de la libertad de enseñanza, se establece que *“nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción... a establecer y dirigir instituciones de enseñanza...”*.

⁴⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observaciones finales: España*, E/C.12/1/Add.99, Ginebra, 7 de junio de 2004, párr. 11.

De lo anterior se desprende que en el caso de esos derechos, su cumplimiento no debe ser progresivo sino inmediato. Como señala el Comité de DESC, todos los derechos del Pacto son de aplicación inmediata⁴⁸ en el sentido que obligan al Estado desde que es parte del tratado a cumplir progresivamente con ellos, pero, respecto específicamente a esas normas, es “*difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables*”⁴⁹. Esto tiene relación con su estructura jurídica: mientras en la mayoría de los derechos sociales las obligaciones estatales de “cumplir” los derechos tienen un rol prioritario, en el caso de los derechos enumerados asume un rol preponderante las obligaciones de “respetar” y “proteger”.

Otra norma que de acuerdo al Comité está en una condición especial, es el apartado a) del párrafo 2 del art. 13, en que se establece que “*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con el objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente*”.

Respecto al derecho a la educación, la fórmula que se utiliza para su protección es diferente a la del resto de los derechos del PIDESC. Específicamente en relación a la educación básica gratuita, se establece en el art. 14 que en el plazo de dos años desde la entrada en vigencia del Pacto, los Estados que no tengan establecida la educación básica de manera obligatoria y gratuita, deberán formular un plan de acción detallado en el que especifiquen un plazo razonable en el marco del cual se garantizará dicho derecho.

Este caso constituye una importante excepción dentro del PIDESC, ya que al principio de progresividad se le agregan plazos precisos para el cumplimiento del

⁴⁸ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 9 (1998), *La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, Ginebra, 3 de diciembre de 1998, párr. 11.

⁴⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 5.

derecho. Probablemente, esta diferente formulación del derecho a la educación se debe a la importancia que se atribuye a este derecho que suele ser clasificado tanto dentro de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales. En palabras del Comité de DESC, el derecho a la educación es “*el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos*”⁵⁰.

3.- Políticas económicas y realización de los derechos sociales: pautas y directrices del Comité de DESC

El Comité de DESC, desde el comienzo de su labor interpretativa del PIDESC, ha dejado en claro que no tiene opinión ni preferencia alguna sobre el modelo político y económico de cada Estado Parte, afirmando que su única preocupación es que se respeten los derechos contenidos en el Pacto. De esta manera, el Comité ha señalado que “*en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el laissez-faire, o en ningún otro tipo de planteamiento específico*”⁵¹. Lo anterior se prescribe con la advertencia de que, conforme al principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, en todo sistema político deben garantizarse también los derechos civiles y políticos y considerarse los derechos contemplados en otros instrumentos internacionales, en especial el derecho al desarrollo⁵².

⁵⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 11 (1999), *Planes de acción para la enseñanza primaria*, E/C.12/1999/4, Ginebra, 11 de mayo de 1999, párr. 2.

⁵¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 8.

⁵² El Comité expresó esa idea en los siguientes términos: “*El Comité observa que el compromiso de ‘adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas’ ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia*”. *Ibíd.*

Sin embargo, lo previamente señalado entra en conflicto con la realidad y, como veremos, el mismo Comité posteriormente ha debido emitir más de un pronunciamiento sobre temas económicos. En efecto, sin perjuicio de que la realización de los derechos sociales no depende exclusivamente de la disponibilidad de recursos económicos⁵³, no se puede desconocer que la realidad social que viven algunos países y la orientación de determinadas políticas económicas puede dificultar su adecuado desarrollo.

Por otra parte, los gobiernos nacionales han ido perdiendo progresivamente su capacidad de tomar decisiones que afecten a la población, siendo desplazados por los grandes grupos económicos y los organismos financieros internacionales⁵⁴, quedando fuertemente reducidos los espacios políticos y viéndose afectado el principio democrático⁵⁵. Entre estos entes internacionales, han jugado un rol protagónico en las últimas décadas el Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en adelante, Banco Mundial) y la Organización Mundial de Comercio (en adelante, OMC), que constituyen lo que se ha llamado “sistema de Bretton Woods”. En más de una ocasión los programas de ajustes recomendados por esos organismos han implicado

⁵³ Sobre ello profundizaremos en el capítulo IV.4.

⁵⁴ En opinión de ARA PINILLA “las decisiones de mayor fuerza se toman ahora fuera del proceso político, sobre la base de vínculos y de relaciones que podríamos considerar como no oficiales, a través de una multiplicidad de pactos y de compromisos entre grupos industriales y empresas supranacionales que llegan a oprimir la expresión parlamentaria desvirtuando la vieja tesis de la soberanía nacional”. ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p.123.

⁵⁵ Nuevamente PINILLA manifiesta que pierde “la importancia que debiera tener la consideración de quien gobierna efectivamente y de quien es elegido popularmente en una concreta sociedad política”. ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p.124. En un sentido similar se manifiesta DE VEGA GARCÍA, quien afirma tajantemente que es “parte de la lógica de la globalización que, en un mundo donde el Estado todavía no ha desaparecido y continúa siendo el único referente de la actividad política, la ausencia cada vez más notoria del principio democrático como criterio justificador de su estructura, haga necesaria la apelación al principio liberal como supremo y definitivo supuesto de legitimidad”. DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti, Tomo II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.1544.

la disminución del gasto público o la desregulación en áreas relacionadas con bienes esenciales para la población⁵⁶.

Esas políticas de privatización han sido criticadas o miradas con preocupación por el Comité de DESC cuando afectan el ejercicio de derechos básicos. Así, en las conclusiones de 1999 al informe de México, el Comité manifestó que “*le preocupa la privatización del régimen de seguridad social, que podría privar de ciertas prestaciones a quien no pueda hacer aportaciones a una cuenta particular de pensión, como los desempleados, los subempleados, los obreros de más escasos ingresos y quien trabaja en el sector no estructurado*”⁵⁷.

Respecto al cumplimiento de niveles esenciales de cada derecho, el Comité de DESC se ha referido además a las políticas económicas de ajuste y los períodos de recesión, expresando que los gobiernos deben siempre proteger a los grupos vulnerables a través de la adopción de programas de bajo costo⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. MOREIRO GONZALEZ, C., “Paradojas del sistema institucional internacional de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en MARINÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.141-144.

⁵⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observaciones finales: México*, E/C.12/1/Add.41, Ginebra, 8 de diciembre de 1999, párr. 24. En la misma línea, en relación a la situación de las personas con discapacidad, el Comité ha expresado que “*En un contexto en el que las disposiciones adoptadas para la prestación de servicios públicos revisten cada vez más frecuentemente carácter privado y en el que el mercado libre adquiere una preeminencia cada vez mayor, (...) si los gobiernos no intervienen, habrá siempre casos en los que el funcionamiento del mercado libre produzca resultados poco satisfactorios para las personas con discapacidad, a título individual o como grupo, y en dichas circunstancias incumbe a los gobiernos el intervenir y tomar medidas apropiadas para moderar, suplementar, contrarrestar o superar los resultados de las fuerzas del mercado*”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 5 (1994), *Personas con discapacidad*, E/1995/22, Ginebra, 9 de diciembre de 1994, párr. 11-12.

⁵⁸ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 12. Esta especial preocupación se manifiesta también en que las primeras observaciones generales sobre cuestiones sustantivas fueron sobre la situación de grupos vulnerables como las personas con discapacidad y las personas mayores, aún cuando no existan en el PIDESC disposiciones que se refieran específicamente a los derechos de estos grupos de personas. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 5 (1994) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Personas con discapacidad*, E/1995/22, Ginebra, 9 de diciembre de 1994 y Observación general N° 6 (1995) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, E/C.12/1995/16, Ginebra, 8 de diciembre de 1995.

Por otra parte, las orientaciones de las instituciones financieras internacionales no se han traducido sólo en lo que hemos denominado anteriormente como “políticas de ajustes” en el interior de cada país. Sin duda, a nivel económico una de las características principales del período histórico que estamos viviendo es la expansión de las reglas del libre mercado en todo el mundo y el aumento vertiginoso de los acuerdos de integración económica bilaterales y multilaterales que se están llevando a cabo⁵⁹. Estos Tratados de Libre Comercio se insertan en un contexto mundial de integración económica caracterizada por una creciente reducción de las barreras a los flujos de bienes, servicios, capitales y conocimientos. Esta apertura al comercio internacional ha llevado a muchos países a aumentar sus niveles de crecimiento; además, la inversión extranjera en diversas ocasiones ha contribuido a la superación de la pobreza en países en desarrollo. En ese marco, los acuerdos de libre comercio pueden llegar a tener varios efectos positivos en los índices económicos de las economías de los países que los suscriben, efectos que en definitiva contribuyen al bienestar de la población.

Sin embargo, en materia de derechos económicos, sociales y culturales han surgido problemas con determinadas disposiciones establecidas en estos Tratados: las normas sobre protección de las inversiones, esto es, las disposiciones que protegen las inversiones extranjeras de eventuales medidas internas que las puedan afectar. Lo anterior, implica que, en los casos en que determinadas políticas públicas puedan influir de cualquier manera en las inversiones existentes en un país, los inversionistas pueden, de acuerdo a las normas de algunos tratados de libre comercio, impugnar esas medidas llevando a los Estados a juicios en tribunales arbitrales internacionales.

Un acuerdo comercial que puede ser evaluado desde la perspectiva de su incidencia en los derechos sociales es el Tratado de Libre Comercio de las Américas, por tener varios años de vigencia –comenzó a regir el 1 de enero del 1994- y ser

⁵⁹ Los acuerdos comerciales regionales que han sido notificados a la OMC hasta diciembre de 2008 son 421. Cfr: [http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm], 5 de julio de 2009.

suscrito por Estados Unidos y Canadá y un país en desarrollo como México. Ahora bien, en varios litigios que se han producido en la aplicación de ese Tratado los inversionistas han solicitado en sus demandas cuantiosas indemnizaciones, obteniendo en algunos casos resultados favorables. Ello es preocupante porque en algunos casos las decisiones de las autoridades nacionales buscaban proteger el medio ambiente y la salud de sus ciudadanos, pero los tribunales arbitrales con competencia para resolver los conflictos suscitados se centraron principalmente en el perjuicio económico de los inversionistas sin considerar la existencia de un interés público relevante⁶⁰.

En estas cuestiones surge entonces la posibilidad de contradicciones entre las normas de protección de las inversiones y el principio de progresividad establecido en el PIDESC. Como vimos anteriormente, el principio de progresividad se estableció en dicho instrumento internacional como una fórmula que permitiera a los Estados Partes poder cumplir de manera paulatina con las diversas obligaciones que se les imponen para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. En muchas circunstancias puede suceder que para dar cumplimiento a esos derechos se requiere de nuevas leyes, reglamentos o simplemente nuevas políticas públicas por parte de los gobiernos. En ese contexto, los acuerdos sobre inversiones pueden, a nuestro juicio, constituir una limitación a las políticas públicas de los gobiernos nacionales, en detrimento de los derechos económicos, sociales y

⁶⁰ El caso más emblemático es probablemente el de la empresa Metalclad Corporation contra el Estado de México. En ese litigio, el gobierno municipal mexicano negó el permiso a la empresa estadounidense Metalclad Corporation para que pudiera operar su establecimiento de eliminación de desechos, después que el gobierno federal mexicano sí le había concedido dicho permiso. El Estado Mexicano alegó que jamás entregó al inversionista extranjero garantía alguna de que no eran necesarios los permisos municipales. El Tribunal arbitral en definitiva, falló en contra de México por incumplir diversas normas de protección a las inversiones y entre ellas la de nivel internacional mínimo de trato, por no asegurar un marco transparente y previsible para las inversiones extranjeras y por no cumplir con aclarar la normativa interna al inversionista extranjero, evitando su incertidumbre. El Tribunal sentenció que no le correspondía decidir ni considerar cual era la motivación de la adopción de la medida ambiental en esas específicas circunstancias, sino que solamente consideró si la medida tenía un impacto importante en el beneficio económico que el inversionista esperaba obtener de la propiedad. Por lo tanto, no se llegó siquiera a mencionar la posibilidad que existiera un marco de acción para el gobierno mexicano de actuar por un interés público relevante. *Cfr.* Laudo arbitral, Causa Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos, de 30 de agosto de 2000, especialmente párr. 76, 99 y 111.

culturales de la población y del cumplimiento del principio de progresividad consagrado en el Pacto.

En vista de lo anterior, creemos que son varios los cambios que deben producirse en este ámbito de la economía internacional. Entre ellos ocupan un lugar preponderante la reestructuración de las instituciones de Bretton Woods, la elaboración de programas de ajuste estructural que sean más “socialmente responsables”, el aumento sustancial de la ayuda al desarrollo para superar la pobreza y la cancelación de la deuda de los países pobres.

De esas propuestas, es evidente que la modificación de las instituciones financieras internacionales o “instituciones de “Bretton Woods” es un aspecto esencial para el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional. En el caso del FMI y el Banco Mundial se trata además de instituciones que forman parte del sistema de las Naciones Unidas y deberían considerar la dimensión de los derechos sociales en las políticas que impulsan en los países⁶¹. En este sentido, el Comité de DESC ha expresado, a propósito del derecho a una alimentación adecuada, que *“las instituciones financieras internacionales, especialmente el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, deben prestar una mayor atención a la protección del derecho a la alimentación en sus políticas de concesión de préstamos y acuerdos crediticios y en las medidas internacionales para resolver la crisis de la deuda”*⁶². Recomendaciones similares ha realizado el Comité en las conclusiones a los informes de los países, afirmando que, en las negociaciones con los organismos financieros internacionales se deben privilegiar los derechos humanos de sus habitantes por sobre otras consideraciones⁶³.

⁶¹ Cfr. SPILIOPOULOU AKERMARK, S., “International Development Finance Institutions: The World Bank and the International Monetary Fund”, en EIDE, A.; KRAUSE, C.; y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.529.

⁶² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 12 (1999), *El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra, 12 de mayo de 1999, párr. 41.

⁶³ Así, por ejemplo, en las observaciones finales al informe inicial de Zambia, el Comité ha recomendado *“que se tengan en cuenta las obligaciones de Zambia en virtud del Pacto en todos los aspectos de sus*

En el caso de la OMC, esta no es una institución que forma parte de la ONU pero la mayoría de sus Estados miembros han ratificado el PIDESC y otros tratados internacionales que contienen disposiciones sobre DESC. Por ello, estos Estados se encuentran obligados a actuar al interior de la OMC considerando y respetando los DESC, como también deben hacerlo al suscribir tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio. En este sentido el Comité de DESC ha sido categórico al afirmar, en relación al derecho a una alimentación adecuada -pero esto es aplicable también a los otros DESC- que los Estados incurren en una violación del PIDESC al “no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales relativas al derecho a la alimentación al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales.”⁶⁴.

De lo que se trata, en definitiva, es de eliminar contradicciones entre el funcionamiento de la Organización de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁵. Probablemente, una de las opciones que contribuirían más a ese objetivo sería que las Naciones Unidas recuperaran las competencias económicas establecidas en la Carta, las que ha delegado a otras instituciones⁶⁶.

En último lugar, nos parece que una materia en la que debe avanzarse en el contexto de la política económica internacional es en el aumento de la cooperación

negociaciones con las instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, para que se protejan como es debido los derechos de todos los zambianos, en especial los grupos más desprotegidos y marginados, que consagra el Pacto”. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observaciones finales: Zambia, E/C.12/1/Add.106, Ginebra, 23 de junio de 2005, párr. 36.

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 12 (1999), *El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra, 12 de mayo de 1999, párr. 19.

⁶⁵ En este sentido se pronuncia MOREIRO GONZALEZ, al afirmar que “resulta por lo tanto fundamental, que el propio sistema institucional de Naciones Unidas no incurra en contradicciones de fondo relativas a la formulación y alcance de los derechos que se consagran, ora a través de instrumentos convencionales celebrados bajo su ámbito de competencias, ora a través de su actividad orgánica-institucional de cualquier otra índole”. MOREIRO GONZALEZ, C., *op. cit.*, p.152.

⁶⁶ En el mismo sentido, *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J., *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1990, pp.109 y ss.; MOREIRO GONZALEZ, C., *op. cit.*, p.139.

internacional. Compartimos con CONTRERAS PELÁEZ que la no realización de los derechos sociales no puede justificarse en la falta de presupuesto si consideramos que en el mundo existen recursos económicos suficientes y el verdadero problema es que estos están desigualmente distribuidos⁶⁷. Por ello, adquiere particular relevancia la ayuda que los Estados más desarrollados pueden proporcionar a los países más pobres. Debe recordarse que la idea de que los países ricos deberían asignar el 0,7% de su Producto Nacional Bruto al desarrollo mundial se remonta a 1969, siendo propuesta por vez primera en el “Informe sobre Desarrollo Internacional” del Banco Mundial, cuyo director fue el ex primer ministro canadiense Lester PEARSON. Posteriormente, ese planteamiento fue refrendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1970⁶⁸, pero desde ese entonces hasta el día de hoy son muy pocos los países que han cumplido con ese objetivo establecido por la ONU.

En el informe sobre desarrollo humano de 2005 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante, PNUD) los aspectos relacionados con la ayuda al desarrollo ocupan un lugar preponderante⁶⁹. Así, se destaca el rol fundamental de la Ayuda Oficial al Desarrollo para poder avanzar en la lucha contra la pobreza y alcanzar los Objetivos del Milenio. Se señala, entre otras cosas, que la cooperación internacional es imprescindible para el financiamiento en algunos países de los servicios sociales básicos en las esferas sanitaria y educativa, siendo necesario que aumente en su cantidad y se elabore una estrategia para que sea más eficiente, formulando nuevos tipos de ayuda y mejorando la coordinación entre los donantes⁷⁰. Por otra parte, si bien se aplaude la decisión adoptada por el Grupo de los ocho Estados más ricos en 2005, en orden a condonar la deuda externa de los

⁶⁷ Cfr. CONTRERAS PELÁEZ, F., *Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pp.115-124.

⁶⁸ Vid. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución 2626 (XXV), Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, A/8124 y Add.1, de 24 de octubre de 1970.

⁶⁹ Sobre la temática de la ayuda al desarrollo en el último informe del PNUD, Vid. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *op. cit.*, pp.83-123.

⁷⁰ Cfr. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *op. cit.*, pp.90 y 118-122.

países más pobres del mundo, se estima necesario identificar a las naciones que no entran en ese acuerdo pero igualmente tienen muchas dificultades para poder pagar la deuda⁷¹. Es necesario y posible avanzar más en la Ayuda Oficial al Desarrollo. Lo demuestra, por ejemplo, el hecho que los niveles de ayuda sean muy bajos en relación con el gasto militar global. Por cada US \$1 que se invierte en asistencia para el desarrollo, se gastan otros US \$10 en presupuestos militares⁷². Creemos que es necesario comenzar a revertir esa tendencia.

Desde una perspectiva de derechos humanos, el art. 2 del PIDESC establece que “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas (...)*”. El Comité de DESC ha puesto de relieve “*que de acuerdo con los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados*”⁷³. Asimismo, el Comité ha instado en las conclusiones finales a los informes de los Estados Partes a que estos cumplan con su obligación de cooperar al desarrollo⁷⁴.

⁷¹ Cfr. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *op. cit.*, p.122. Los órganos de derechos humanos se han pronunciado múltiples veces acerca de las dificultades que la deuda externa genera para el desarrollo de los derechos humanos en diversas partes del mundo. Por ejemplo, en una resolución de la Comisión de Derechos Humanos del año 2003, se afirmó la importancia de las medidas que “*ayuden a aligerar la insostenible carga de la deuda externa de los países que cumplan los criterios de la Iniciativa en favor de los países pobres muy endeudados, lo que contribuiría a apoyar los esfuerzos de los gobiernos de esos países por lograr el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras cosas, mediante el establecimiento y la aplicación de programas, así como la prevención de la difusión de la pandemia de VIH/SIDA en África y la reconstrucción de los países afectados por los desastres naturales*”. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Cuestión del ejercicio en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, y estudio de los problemas especiales con que se enfrentan los países en desarrollo en sus esfuerzos para hacer efectivos estos derechos humanos*, Resolución 2003/18, Ginebra, 22 de abril de 2003, párr. 7, apartado f).

⁷² Cfr. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *op. cit.*, p.105.

⁷³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 14.

⁷⁴ En el caso de la contribución de España a la cooperación para el desarrollo, el Comité “*observa la voluntad del Estado Parte de elevar el nivel de la asistencia oficial para el desarrollo (AOD) del valor actual de 0,25% del producto interno bruto (PIB) al 0,5% para 2008, pero expresa su preocupación ante el hecho de que el nivel de su asistencia para el desarrollo aún no llega a la meta del 0,7% del PIB fijada por las Naciones Unidas*”

Todas las cuestiones que han sido abordadas en estas páginas son igualmente importantes para que los esfuerzos de potenciar los DESC resulten exitosos. Creemos que es impostergable caminar hacia un nuevo orden económico y social⁷⁵. En ese nuevo sistema mundial se debe, entre otras cosas, cambiar las prioridades de los organismos financieros internacionales, solucionar las contradicciones existentes en el seno de la ONU, incorporar estudios de impacto en los DESC en las políticas de ajuste, condonar la deuda externa de los países en desarrollo, disminuir las desigualdades de todo tipo existentes al interior de los países y a nivel internacional, y aumentar la cantidad y eficiencia de la Ayuda Oficial al Desarrollo⁷⁶.

4.- Los sistemas de protección existentes en los tratados internacionales de los derechos humanos y el protocolo facultativo al PIDESC

4.1.- Los sistemas de protección existentes en los tratados internacionales de derechos humanos y la necesidad de adoptar un protocolo facultativo al PIDESC

Existen básicamente tres sistemas de vigilancia de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos. Un primer sistema se realiza a través de informes periódicos de los Estados Partes; un ejemplo está constituido por el procedimiento establecido en el PIDESC que describimos anteriormente. Un segundo tipo de mecanismos de control está constituido por los procedimientos de queja individuales o colectivos. En último término, se encuentran los

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observaciones finales: España*, E/C.12/1/Add.99, Ginebra, 7 de junio de 2004, párr. 10.

⁷⁵ En el mismo sentido *Vid.* MOREIRO GONZALEZ, C., *op. cit.*, pp.179-184.

⁷⁶ Algunas de estas propuestas son mencionadas también por el Comité de DESC en una declaración realizada sobre la lucha contra la pobreza. *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2001/10, Ginebra, 10 de mayo de 2001, párr. 21.

procedimientos de denuncia interestatal, aunque estos prácticamente no han sido utilizados en el Derecho Internacional.

Todos estos sistemas no son incompatibles entre sí como lo demuestra el hecho que en el PIDCP se establece en los arts. 40 y 41 de su texto respectivamente, la obligación de realizar informes y la posibilidad de denuncias interestatales y en su primer protocolo facultativo se contempla un procedimiento de quejas individuales.

En cuanto a la forma de entender los sistemas de informes, existen principalmente dos visiones. De acuerdo a un primer planteamiento, los informes sirven para reunir información sobre la situación de determinados derechos, pero sin implicar necesariamente una evaluación de su estado. El énfasis estaría en la asistencia y asesoramiento que los órganos técnicos suministran a los gobiernos nacionales, dirigidos más a evitar que se vuelvan a repetir violaciones a los derechos que a condenar las que se han producido. Sin embargo, es otra la visión que ha adquirido fuerza en los últimos años: se asume, cada vez más, que los sistemas de informes, con todas sus deficiencias, son mecanismos que tienen la función de determinar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados⁷⁷.

Lo anterior encuentra su razón de ser en que, si bien las observaciones finales de los respectivos comités no tienen carácter jurídico vinculante ni coercitivo, en la medida en que las críticas sobre determinadas cuestiones de derechos humanos sean publicitadas, los gobiernos intentan no aparecer como violadores de derechos ante la comunidad internacional y sus propios ciudadanos. Por ello es importante que los informes de los órganos de derechos humanos sean puestos en conocimiento de la población. En este aspecto, juegan un rol muy importante las ONG's por la comunicación que suelen tener con los ciudadanos. Además, estas organizaciones participan en el debate mismo de los comités, entregando, en algunos casos,

⁷⁷ Sobre la importancia creciente de los sistemas de informes, *Vid.* GARCÍA MORALES, A., *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales (DESC)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 2003, pp.73-74; VILLÁN DURÁN, C., "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", en AA.VV., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. II*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, p.30.

informes alternativos a los que realizan los gobiernos, lo que permite que los órganos de derechos humanos cuenten con más información a la hora de examinar el estado de los derechos en cuestión.

Sin embargo, no puede desconocerse que este mecanismo de control de las obligaciones estatales derivadas de los tratados de derechos humanos ha tenido diversos problemas en su aplicación. En este sentido, entre los principales desafíos a los que nos enfrentamos están, sin duda: la presentación de los informes por los Estados sin retraso, mejorar la coordinación entre los diversos órganos de las Naciones Unidas encargados de velar por el cumplimiento de los tratados, conseguir un mejor diálogo entre los representantes de los Estados y los miembros de los Comités y el establecer adecuados mecanismos de seguimiento de las recomendaciones realizadas⁷⁸.

Respecto a la denuncia entre Estados debemos señalar que se trata de un mecanismo que no ha tenido casi aplicación en los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentran vigentes ya que, los gobiernos por razones políticas intentan generalmente solucionar sus divergencias mediante otros mecanismos, en especial a través del diálogo bilateral y multilateral. Se trata de un mecanismo potencialmente muy útil para reguardar los derechos humanos, como lo demuestra su aplicación en el marco de la OIT y del Consejo de Europa⁷⁹, aunque en esos casos el procedimiento establecido es distinto al contemplado en los tratados de la ONU. Sin embargo, repetimos, los motivos políticos han sido fundamentales para el fracaso de este sistema.

El tercer mecanismo de control de las obligaciones estipuladas en tratados internacionales de derechos humanos, está constituido por los procedimientos de quejas o comunicaciones individuales que, a juicio de la generalidad de la doctrina,

⁷⁸ Cfr. OCHOA RUIZ, N., *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid, Civitas, 2004, pp.226-252.

⁷⁹ Cfr., OCHOA RUIZ, N., *op. cit.*, pp.399-400.

constituyen el sistema más efectivo para exigir su cumplimiento. Este tipo de mecanismos permiten que los individuos puedan denunciar las violaciones a sus derechos y obtener un pronunciamiento por parte de un órgano internacional. La fuerza jurídica de estos mecanismos es innegable, tratándose de verdaderos procedimientos sobre casos concretos de carácter contradictorio. Sin embargo, las eventuales condenas no están dotadas de coercibilidad, por lo cual la naturaleza de estos mecanismos es la de “procedimientos cuasicontenciosos”⁸⁰.

En el caso del PIDESC, desde su aprobación fue notoria la debilidad de sus mecanismos de protección, en particular en comparación a otras convenciones internacionales y, de manera especial, en relación al PIDCP⁸¹ que tiene un mecanismo de quejas establecido en su Primer Protocolo Facultativo⁸², cuya jurisprudencia ha sido muy relevante incluso para lograr modificaciones legislativas en el plano interno de los Estados.

Esta situación ha motivado que nos debamos cuestionar si el principio de que los derechos humanos están todos relacionados entre sí y sean indivisibles e interdependientes es una idea relevante jurídicamente o sólo una mera declaración introducida en los textos internacionales sin repercusión práctica⁸³. En efecto, si todos los DCP y los DESC son igualmente importantes y tienen la misma obligatoriedad jurídica no se entienden sus distintos grados de protección.

4.2.- El Proyecto de Protocolo Facultativo: antecedentes

La necesidad de mejorar los mecanismos de garantía de los derechos consagrados en el PIDESC fue evidente desde la entrada en vigencia del PIDESC.

⁸⁰ VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p.32.

⁸¹ No obstante, como veremos en el acápite siguiente, también la mayoría de los demás tratados internacionales de derechos humanos tienen mejores sistemas de vigilancia y control del cumplimiento de sus derechos.

⁸² El primer Protocolo Facultativo al PIDCP fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁸³ En el mismo sentido, *Vid. CASSESE, A., op. cit.*, p.72.

En el marco de Naciones Unidas, desde fines de la década de los sesenta se comenzó a plantear la necesidad de perfeccionar los procedimientos jurídicos para mejorar la exigibilidad de los DESC⁸⁴. Con todo, no fue hasta los años noventa cuando la comunidad internacional dio pasos más decididos hacia la adopción de un protocolo facultativo al Pacto. Así Danilo TÜRK, Relator Especial de la Subcomisión de la lucha contra las medidas discriminatorias y de la protección de minorías, en un informe de 1992 sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, recomendó que se adoptara un protocolo facultativo al PIDESC⁸⁵. Posteriormente, en la Conferencia de Viena de derechos humanos de 1993 se instó a la Comisión de Derechos Humanos a que, junto al Comité de DESC, emprendiera acciones concretas para que el protocolo facultativo se hiciera realidad⁸⁶.

De esta manera, el Comité de DESC en 1996 aprobó finalmente un proyecto de Protocolo Facultativo (en adelante, PF) al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁷. Dicho proyecto fue sometido a la aprobación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁸⁸ y ésta, a su vez, requirió al Secretario General de las Naciones Unidas para que diera inicio a un debate con los Estados Partes del PIDESC y las ONG's relacionadas con el tema⁸⁹.

⁸⁴ *Vid. Proclamación de Teherán*, Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán, el 13 de mayo de 1968, A/CONF.32/41 p. (1968), párr. 13; SECRETARIA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Estudio Preliminar sobre las cuestiones relativas a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/CN.4/988, 1969.

⁸⁵ *Cfr. SUBCOMSIÓN DE PREVENCIÓN DE LAS DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: Informe definitivo preparado por el Sr. Danilo Türk sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 de julio de 1992, párr. 211.

⁸⁶ *Cfr. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993*, A/ CONF: 157/23, Part. II, párr. 75

⁸⁷ *Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: Proyecto de Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/CN.4/1997/105, 18 de diciembre de 1996.

⁸⁸ *Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Informe a la comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de Protocolo Facultativo para el Examen de Comunicaciones Relativas al incumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E71997/22. E7C.12/1996/6, Ginebra, 1997, anexo IV.

⁸⁹ *Cfr. SECRETARIA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Informe del Secretario General sobre el estado del Proyecto de Protocolo Adicional al PIDESC*, Nueva York, E/CN.4/2000/49, enero de 2000.

Sin embargo, no fue hasta el año 2003 cuando se aceleró el debate sobre el proyecto de PF en la Comisión de Derechos Humanos. Este órgano de las Naciones Unidas creó en su 59ª sesión, un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, GT o “Grupo de Trabajo”), encargado “de examinar las opciones que sean posibles con relación a la elaboración de un protocolo facultativo relativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁹⁰. Dentro de la Comisión de Derechos Humanos el GT realizó tres reuniones –con periodicidad anual- en que se discutieron diversas cuestiones relacionadas con el proyecto de PF⁹¹. Con posterioridad, se realizaron otras dos sesiones en el marco del Consejo de Derechos Humanos que comenzó a funcionar el 18 de junio de 2007⁹². Participaron en los debates delegaciones gubernamentales, miembros de algunos comités de derechos humanos, relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos, representantes de organismos especializados de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales.

Para poder comprender el debate que se realizó dentro del GT sobre el proyecto de PF hay que considerar que los gobiernos de los Estados que participan en la discusión tienen posiciones que, en ocasiones, son diametralmente opuestas en relación a la naturaleza de los DESC. Así, por ejemplo, los sucesivos gobiernos de Estados Unidos siempre han intervenido en los foros internacionales sosteniendo que esta clase de derechos en realidad no son tales. Así, en la discusión abierta sobre el derecho al desarrollo el representante de Estados Unidos afirmaba que “*en el mejor de los casos, los derechos económicos, sociales y culturales son objetivos que sólo pueden alcanzarse*

⁹⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Cuestión del ejercicio, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y estudio de los problemas especiales con que se enfrentan los países en desarrollo en sus esfuerzos por hacer efectivos estos derechos humanos*, Resolución 2003/18, E/CN.4/2004/38, 22 de abril de 2003, párr. 13.

⁹¹ La primera reunión del GT se celebró entre el 23 de febrero y el 5 de marzo de 2004, la segunda entre el 10 y el 20 de enero de 2005, y la tercera entre el 6 y el 17 de febrero de 2006.

⁹² El cuarto periodo de sesiones del GT se celebró entre el 16 al 27 de julio de 2007. El quinto periodo de sesiones se realizó entre el 4 y 8 de febrero y entre el 31 de marzo y el 4 de abril de 2008.

*gradualmente, y no garantías. Por lo tanto, con todo y que el acceso a la alimentación, la atención de la salud y una buena educación están siempre entre los primeros objetivos del desarrollo, hablar de ellos como derechos hace de los ciudadanos de los países en desarrollo objetos del desarrollo en vez de sujetos que deciden su propio destino*⁹³. Aún cuando los Estados Unidos de Norteamérica no han ratificado el PIDESC ni han suscrito la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, no han dejado de manifestar su oposición a la adopción de un proyecto de PF y su influencia política en otros Estados no es menor.

Otros países hicieron valer su opinión contraria al proyecto de PF directamente en el GT, entre ellos destacan Australia, Japón, India y República de Corea. La representación hindú sostuvo en la tercera reunión del GT que el ejercicio de los DESC depende del desarrollo del Estado⁹⁴ mientras la delegación de Australia manifestó “*que los derechos económicos, sociales y culturales estaban formulados de una manera tan amplia que no se prestaban a la investigación de posibles violaciones, y añadió que los escasos recursos de las Naciones Unidas no debían dedicarse a ese fin*”⁹⁵. Algunos países como Australia, Japón, India, República de Corea y Estados Unidos insistieron en que se considerara la posibilidad de no aprobar un protocolo facultativo al PIDESC⁹⁶.

No obstante ello, la mayoría de los países se pronunciaron desde un comienzo del trabajo en el GT a favor de la adopción de un PF al PIDESC. Entre los Estados que apoyaron decididamente el protocolo, buscando equiparar lo más posible los DESC a los DCP, estuvieron en primera línea el Grupo de Países de

⁹³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el derecho al desarrollo*, E/CN.4/2001/26, Ginebra, 20 de marzo de 2001, p.49, párr. 8.

⁹⁴ *Cfr.* COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 13.

⁹⁵ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 9.

⁹⁶ *Cfr.* COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 11 y 18.

América Latina y el Caribe y el Grupo de Estados Africanos⁹⁷. En Europa mostraron especialmente su opinión favorable Bélgica, Croacia, Finlandia, Portugal y España⁹⁸.

En el debate que se produjo en el GT existió un tema que fue de particular preocupación de las distintas delegaciones y que tiene relación con la posibilidad de que el protocolo facultativo implique que el Comité de DESC intervenga sobre cuestiones de asignación de los recursos por parte de los gobiernos nacionales⁹⁹. En nuestra opinión, ese temor es infundado. No creemos que las recomendaciones que el Comité realice en virtud del protocolo facultativo del PIDESC interferirán con la elaboración de políticas públicas de los gobiernos nacionales más que lo que ocurre en el mecanismo de presentación de informes. Por el contrario, creemos que las autoridades de cada país contarán con la mirada externa de un organismo especializado de las Naciones Unidas, lo que le permitiría poder implementar de mejor manera los derechos económicos, sociales y culturales.

Finalmente, se alcanzó en el Consejo de Derechos Humanos una vez consensuada la versión final del proyecto de PF¹⁰⁰ que fue probado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sexagésimo tercer periodo de sesiones celebrado el 10 de diciembre de 2008¹⁰¹. El proceso de firma y ratificaciones por los Estados comenzó el 24 de septiembre de 2009.

⁹⁷ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 6 y 7.

⁹⁸ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 10.

⁹⁹ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 89-98.

¹⁰⁰ Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Resolución 8/2, de 18 de junio de 2008.

¹⁰¹ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008.

A continuación, analizaremos el texto del PF y las cuestiones que a nuestro juicio tienen mayor relevancia¹⁰².

4.3.- El Protocolo Facultativo al PIDESC: cuestiones más relevantes

a) Consideraciones generales

En cuanto al contenido del PF al PIDESC, se establecen mecanismos de protección muy similares a los contemplados en otros dos protocolos facultativos: el Protocolo Facultativo de la CEDAW y en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dichos mecanismos son los siguientes:

- un procedimiento de comunicaciones individuales;
- un procedimiento de comunicaciones interestatales;
- un procedimiento de investigaciones graves o sistemáticas.

El procedimiento de presentación de reclamaciones basado en el protocolo facultativo, brindará acceso a personas y grupos a un procedimiento internacional de adjudicación. Conforme a este mecanismo, las personas y/o grupos podrán solicitar directamente al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reparaciones para violaciones específicas de los derechos que emanan del Pacto. Además, el examen de casos particulares permitiría avanzar, como en el caso del PIDCP, hacia la elaboración de un cuerpo significativo de jurisprudencia internacional en esta materia y, consecuentemente, en una mayor precisión de las disposiciones del PIDESC. Por último, probablemente, los pronunciamientos del Comité de DESC en la resolución de controversias particulares influirán en la existencia de una mayor jurisprudencia en el ámbito nacional. Por todo lo anterior,

¹⁰² Para un análisis más en profundidad del texto del Protocolo Facultativo del PIDESC *Vid.* INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Bogotá-Ginebra, 2008.

nos parece que es fundamental que el PF sea ratificado por la mayor cantidad de países puesto que de esa forma se abrirán nuevas oportunidades para la exigibilidad de los DESC en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

b) Derechos protegidos

Un primer aspecto que debemos abordar en relación al PF hace referencia a los derechos que pueden ser objeto de una comunicación individual. En el protocolo se protegen de manera amplia todos los derechos del PIDESC, a excepción del derecho a la autodeterminación. Dado que el primer Protocolo Facultativo al PIDCP se refiere de manera abarcadora a todos los derechos consagrados en dicho Pacto, si no se hubiese adoptado un enfoque similar al redactar un Protocolo Facultativo al PIDESC, se habría cuestionando directamente la universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interconexión de todos los derechos humanos.

Por lo mismo, en nuestra opinión es positivo que no hayan tenido éxito los intentos de establecer un protocolo que resguarde derechos “a la carta”¹⁰³, esto es, con una previa definición de cada Estado de cuales derechos del PIDESC estarían sometidos al procedimiento de comunicaciones individuales¹⁰⁴.

c) Reservas

Lo ideal en este tema habría sido que no se diese la posibilidad de formular reservas al protocolo facultativo¹⁰⁵ tal como se dispuso en el art. 2 del Segundo

¹⁰³ Por ejemplo, el representante del Reino Unido e Irlanda del Norte afirmó que “un enfoque exhaustivo podría ser inviable cuando no todos los derechos enunciados en el Pacto estuvieran consagrados en el plano nacional y añadió que una posibilidad sería limitar las comunicaciones a las quejas de discriminación”. *Cfr.*, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 29.

¹⁰⁴ Como veremos en el acápite III.2.2.2. este sistema de protección es el que establece la Carta Social Europea.

¹⁰⁵ En contra de las reservas se pronunciaron en el GT los representantes de Azerbaiyán, Portugal y Amnistía Internacional. *Cfr.* COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la*

Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁶. Sin embargo, si bien la opinión mayoritaria en el Grupo de Trabajo fue la de un enfoque amplio en cuanto a los derechos protegidos y de rechazo a la existencia de reservas en el protocolo facultativo, diversos Estados plantearon posiciones diferentes. Con la solución final de no tener una cláusula referida a las posibles reservas existe la posibilidad de que se establezcan distintos grados de protección en un instrumento opcional dirigido a una mejor protección de los derechos contenidos en el Pacto. En todo caso, en esta materia es plenamente aplicable lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual en su art. 19 dispone que las reservas deben ser compatibles con el objeto y fin del tratado.

d) Actos u omisiones que pueden ser objeto de una comunicación

En primer lugar, cabe señalar que en el PF se ha adoptado también una protección extensiva en cuanto al tipo de obligaciones estatales que deben ser exigibles, esto es, de respetar, proteger y cumplir los derechos, lo cual es coherente con toda la jurisprudencia internacional sobre DESC.

En cuanto a los hechos que pueden desencadenar las comunicaciones, en el PF se habla de “violaciones”¹⁰⁷. Aún cuando en un comienzo existió la posibilidad de establecer una fórmula que, en vez de referirse a violaciones, activara el mecanismo de comunicaciones cuando “el Estado Parte no ha velado por la aplicación satisfactoria de una disposición del Pacto”¹⁰⁸, nos parece que la expresión del protocolo es correcta porque equipara los DESC a los DCP. Además,

elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 34.

¹⁰⁶ En realidad, lo que se establece en el art. 2.1 del mencionado protocolo es una prohibición general de reserva en los siguientes términos “No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo, con excepción de una reserva formulada en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra”.

¹⁰⁷ *Cfr.* art. 2 del PF.

¹⁰⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Proyecto de Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/CN.4/1997/105, 18 de diciembre de 1996, p.9.

compartimos plenamente la opinión de HADJI GUISSÉ, de que los DESC “pueden acabar asumiendo una forma concreta que permita invocarlos ante la justicia. De este modo, las violaciones que se cometan contra ellos, quienquiera que sea el autor, no deben ni pueden quedar impunes”¹⁰⁹.

e) Legitimación activa

Respecto a la legitimación activa para presentar denuncias se establece en su art. 2 que éstas sean formuladas por “*individuos*” y “*grupos*”, ya que según el Comité las violaciones a los DESC pueden afectar a los individuos aisladamente o como parte de algún grupo. En esta decisión, se siguió la Resolución 1994/20 de la Comisión de Derechos Humanos que recomienda que un grupo o un miembro de él pueda presentar la denuncia en el caso haya sido víctima de la violación.

En segundo lugar, existe la posibilidad de que un tercero pueda presentar la denuncia a nombre de personas o grupos de personas, siempre que tenga un vínculo con la víctima y se pruebe que está actuando con su consentimiento “*a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento*”¹¹⁰.

Sin embargo, en relación con la legitimación activa no nos parece adecuada la exigencia que establece el PF en el art. 2 de que los demandantes tengan que ser necesariamente víctimas “*que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado Parte*”. En este caso la disposición está inspirada en el art. 1 del primer Protocolo Facultativo del PIDCP pero no se consideró precisamente el hecho de que esa norma ha generado

¹⁰⁹ SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS: *Informe final sobre las cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales)*, preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial, en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 27 de junio de 1997, párr. 15.

¹¹⁰ Art. 2 del PF. La posibilidad de que puedan presentarse reclamos en nombre de la víctimas fue un tema de especial preocupación de las ONG's durante los debates en el GT, pues manifestaron su relevancia “especialmente en los casos en que las víctimas se arriesgarían a ser maltratadas o a sufrir otros tipos de venganzas como consecuencia de su participación directa en el proceso”. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Información de organizaciones no-gubernamentales*, Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/CN.4/2004/WG.23/CRP.3, Ginebra, 6 de febrero de 2004.

complicaciones al Comité de Derechos Humanos para proteger los derechos civiles y políticos. De todas formas, dicho órgano ha interpretado el sentido de esa disposición afirmando que “*sería insensato interpretar la responsabilidad de los Estados según los términos del artículo 2 del Pacto si este permitiera violar el Pacto en el territorio de otro Estado mientras que no se podría hacer en el propio*”¹¹¹.

f) Requisitos de admisibilidad

Sobre los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones, el criterio fue seguir las mismas pautas que se establecen en el Protocolo Facultativo al PIDCP. Las exigencias de admisibilidad están establecidas en el art. 3 y son:

- que la comunicación no sea anónima;
- que no contenga afirmaciones que, en caso de ser comprobadas constituyan violaciones a los DESC;
- que la comunicación no constituya un abuso del derecho a presentar comunicaciones;
- que se refiera a actos u omisiones anteriores a la entrada en vigencia del PF, a menos que se trate de una violación constante que se haya perpetuado o que los efectos de las violaciones hayan continuado hasta ese momento;
- que se hayan agotado todos los recursos internos, estableciéndose que “*no se aplicará esta norma cuando la tramitación de recursos se prolongue injustificadamente*”¹¹²;
- que los hechos motivo de la comunicación no estén siendo examinados en otro procedimiento internacional (siempre y cuando dicho procedimiento no se prolongue injustificadamente).

¹¹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Conclusiones sobre la comunicación N° 52/1979, Delia Saldías de López contra Uruguay, CCPR/C/OP/1 at 88 (1984), 29 de julio de 1981, párr 2.

¹¹² En esta última parte del conocido requisito del agotamiento de recursos internos se siguió lo dispuesto en el art. 5, párr. 2b) del primer Protocolo Facultativo del PIDCP.

En cuanto al requisito del agotamiento de los recursos internos, se innovó puesto que en otros tratados se señala entre las excepciones la improbabilidad de que los recursos sean efectivos. Compartimos al respecto el juicio crítico de parte de la doctrina a la eliminación de este requisito y consideramos igualmente que no puede entenderse en el sentido de exigir a las víctimas que agoten recursos que no sean efectivos¹¹³.

Por otra parte, a los mencionados requisitos de admisibilidad se agrega lo dispuesto en el art. 4 del protocolo donde se incluye una disposición que puede generar dificultades de interpretación. Dicha norma establece que “*De ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general*”. ¿Qué se entenderá por “clara desventaja”? ¿Y por “cuestión grave de importancia general”? Se trata de cláusula que a nuestro juicio deberá ser interpretada restrictivamente pues, en caso contrario, se limitará en exceso el examen de comunicaciones.

g) Medidas provisionales y medidas de protección respecto a posibles represalias

Otro asunto de importancia es la posibilidad de que el Comité de DESC pueda exigir, a solicitud de las víctimas, al Estado en cuestión que adopte determinadas medidas cautelares para evitar que se siga violando algún derecho del Pacto y se produzcan daños irreparables. Estas facultades se le reconocen expresamente al Comité en el art. 5, recogiendo la tendencia internacional en esta materia¹¹⁴.

Como bien se ha dicho, se trata de una garantía fundamental para evitar que persistan violaciones a los derechos del PIDESC que puedan tener consecuencias

¹¹³ Cfr. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *op. cit.*, pp.59-60.

¹¹⁴ Cfr. MILÁ MORENO, J., *op. cit.*, p.210.

irreversibles¹¹⁵. De esta forma, además de brindar la oportuna protección que puede requerir una víctima, se permite también que el resultado final de la comunicación presentada pueda tener efectividad sin que signifique un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

h) Solución amistosa

Se introduce en el art. 7 del protocolo una innovación en esta materia en el sistema de derechos humanos establecido en el marco de la ONU pues la etapa de la solución amistosa en el procedimiento de examen de las comunicaciones sólo estaba establecida en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. Precisamente en su utilización en el ámbito regional se ha demostrado su utilidad, especialmente porque permite alcanzar soluciones para las víctimas en periodos más breves de tiempo¹¹⁶.

i) Procedimiento de investigación

En el examen mismo de las comunicaciones, es relevante destacar que se incorporó en el PF la posibilidad de que el Comité realice visitas al Estado Parte para verificar las violaciones de los derechos del Pacto cuando se reciba “*información fidedigna que da cuenta de violaciones masivas o sistemáticas*”¹¹⁷.

A diferencia de lo que ocurre con los otros tratados internacionales de derechos humanos que contemplan un procedimiento de investigación, en este caso el art. 11 del protocolo exige para que opere de un reconocimiento expreso de

¹¹⁵ *Cfr.* INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *op. cit.*, p.70.

¹¹⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *op. cit.*, p.78.

¹¹⁷ En esta parte se siguió lo dispuesto en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

competencia al Comité. Este fue uno de los puntos que sufrió modificaciones dirigidas a alcanzar un acuerdo en el texto del protocolo¹¹⁸.

j) Dictamen y seguimiento

Finalmente, el Comité deberá emitir un pronunciamiento sobre la existencia o no de violaciones de derechos del Pacto. En este aspecto el PF establece en los arts. 8 y 9 que el Comité realizará observaciones finales más que un juicio jurídicamente vinculante. En esas observaciones el Comité podrá recomendar al Estado involucrado la adopción de algunas medidas para remediar la violación o impedir que ésta se vuelva a producir. A su vez, el Estado Parte en el plazo de seis meses presentará al Comité las medidas que haya adoptado en relación a las observaciones formuladas.

k) Asistencia y cooperación internacionales

Una cuestión muy debatida en el GT abierto está relacionada con la cooperación internacional ya que muchos Estados solicitaron que la adopción del protocolo derivara también en un aumento de la ayuda al desarrollo¹¹⁹. En general la mayoría de las delegaciones fueron favorables a que el Comité desempeñe una función más activa en relación con los procedimientos establecidos en los arts. 22 y 23 que establecen varios mecanismos para favorecer la cooperación internacional¹²⁰. En la versión final del protocolo se incluyó una disposición en el art. 14 vinculada a la asistencia y cooperación internacionales.

¹¹⁸ Cfr. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *op. cit.*, p.99.

¹¹⁹ En particular, esta fue una inquietud del Grupo de Estados Africanos. Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 78.

¹²⁰ Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 78-79, 87-88.

1) Comunicaciones entre Estados

En el proyecto original no se contemplaba un mecanismo de quejas interestatales bajo el argumento que estos procedimientos prácticamente no han sido utilizados en los demás tratados internacionales de derechos humanos. Si bien ese argumento es efectivo, no nos parece suficiente para excluir de antemano una posibilidad que siempre se ha establecido para proteger los derechos de los individuos, siendo además que tradicionalmente los Estados son y siguen siendo actores relevantes del Derecho Internacional. Finalmente, la comunicación entre Estados fue contemplada en el art. 10 pero requiere de un reconocimiento expreso de competencia al Comité.

5.- La incorporación de los DESC en otros tratados internacionales de derechos humanos y en las normativas dictadas por organismos de la ONU

El PIDESC es el tratado más relevante en materia de DESC pero esta clase de derechos son regulados también en otros instrumentos internacionales, tanto a nivel universal como regional. De la misma forma, cabe destacar que varios organismos especializados de la ONU han dictado una serie de normativas relevantes en las áreas de los derechos laborales, de educación, de salud y en otras materias socioeconómicas.

Entre los tratados de derechos humanos, debemos mencionar el PIDCP que si bien consagra básicamente derechos civiles y políticos, contempla también algunos DESC y el Comité de Derechos Humanos ha ejercido una importante labor en su protección. En efecto, el PIDCP es, como lo dice su nombre, un tratado que protege derechos civiles y políticos. No obstante ello, en algunas de sus normas se establecen también algunos DESC y determinados derechos que se encuentran en un límite muy tenue entre ambas clases de derechos. Estas disposiciones son: el art. 8, que consagra la prohibición de trabajo forzoso; el art. 22, que reconoce, como una derivación del derecho de asociación, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a

ellos; los arts. 17, 23 y 24 que establecen una especial protección de la familia y los niños y, por último, el art. 27 que protege los derechos culturales de las minorías. La incorporación de estos derechos en el PIDCP reviste una especial importancia desde la perspectiva de su exigibilidad, ya que en este tratado existe la posibilidad de interponer quejas en caso de que se estime que sus disposiciones han sido violadas¹²¹.

Por otra parte, en el ámbito de la ONU en las últimas décadas se han celebrado varias convenciones que se persiguen proteger grupos de personas especialmente vulnerables como parte del proceso de “especialización” de los derechos humanos a que hicimos referencia anteriormente¹²². Entre estos tratados, cabe mencionar: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW¹²³) adoptada en el año 1979 en el marco de la ONU a través de la Resolución 34/180 de 18 de diciembre; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, CTMF), adoptada en 1990; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, CERD¹²⁴), aprobada en la resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965. Todos estos tratados tiene un importante elemento común: en su texto se regulan conjuntamente tanto DCP como DESC, siendo una clara manifestación del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

¹²¹ Destaca, en especial, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos respecto del art. 27 que protege los derechos culturales de las minorías. *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Conclusiones sobre la Comunicación N° 167/1984, Chief Bernard Ominayak y la Lubicon Lake Band contra Canadá, 10 de mayo de 1990; Conclusiones sobre la Comunicación N° 511/1992, Ilmari Länsman y otros contra Finlandia, 8 de noviembre de 1994.

¹²² *Vid.* Capítulo I.2, *supra*.

¹²³ Esta convención es conocida por la sigla de su nombre en inglés: *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women*.

¹²⁴ Al igual que en el caso de la CEDAW, esta convención es conocida por la sigla de su nombre en inglés: *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*.

Respecto a los organismos especializados de la ONU, debemos señalar que dicha organización asumió desde un principio que para cumplir con el objetivo de una paz duradera se requería también de grandes esfuerzos para asegurar a toda la población mundial unas condiciones mínimas de vida. De esta manera se crearon diversos organismos especializados que debían promover políticas de desarrollo en los más diversos ámbitos socioeconómicos. Así nació el 16 de noviembre de 1945 la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y posteriormente, la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). A lo largo de estas décadas de funcionamiento todas estas instituciones han sido fundamentales para el progreso en los países más pobres, contribuyendo a la efectividad de diversos derechos sociales como el derecho a la educación, a la salud, a la alimentación y a la protección de la infancia.

En cuanto a la OIT esta institución es probablemente la primera organización que se propuso como objetivo proteger los DESC y, por tanto, dedicaremos a ella un análisis más extenso. Es significativo que en el preámbulo de su Constitución se afirmara desde un comienzo que “*la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social*”. Por otra parte, esta organización surge en 1919 como parte del reformismo que busca enfrentar los conflictos sociales producidos en las últimas décadas del siglo anterior¹²⁵. Con posterioridad a la segunda guerra mundial, la OIT pasa a formar parte de los órganos especializados de la ONU, en este caso con competencias específicas en el ámbito laboral. Durante estas décadas de funcionamiento, su labor en la protección de los derechos humanos vinculados a las relaciones laborales ha sido encomiable. Esto ha sido universalmente reconocido e, incluso, ha llevado a que en 1969, año en que se conmemoraba su 50 aniversario, la OIT fuera distinguida con el Premio Nobel de la Paz.

¹²⁵ *Cfr.* CASAS BAAMONDE, M., “La política social y el sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo; su contribución al desarrollo del derecho social de la Unión Europea”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p.106.

6.- La utilización de los tratados de derechos humanos por parte de la Justicia Constitucional para proteger los derechos económicos, sociales y culturales

La internacionalización de los derechos humanos y la persecución de la ciudadanía universal, entendida como una forma de asumir el ejercicio de los derechos que va más allá de la mera dimensión nacional, pasa también por la incorporación de estos derechos en la práctica judicial de los tribunales ordinarios y de la justicia constitucional¹²⁶.

Debido a que en este trabajo el énfasis está puesto en la justicia constitucional, a continuación nos detendremos en dar algunos ejemplos en que los jueces constitucionales han utilizado tratados internacionales de derechos humanos para proteger derechos sociales. Los ejemplos estarán circunscritos a dos formas de intervención: a) citación de disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos y b) citación de observaciones generales y Recomendaciones del Comité del PIDESC o de otros órganos encargados de velar por el cumplimiento de tratados de derechos humanos.

6.1.- Utilización de disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos

Al igual como hoy en día es opinión firme en la doctrina que las disposiciones contenidas en las constituciones no son meras declaraciones programáticas, está también consolidada la idea de que las normas contenidas en los tratados internacionales son plenamente aplicables por todos los operadores jurídicos, incluidos los tribunales ordinarios y constitucionales.

¹²⁶ En este contexto, nos parece una excelente iniciativa la reciente publicación de un manual dirigido a jueces que, además de una extensa jurisprudencia de tribunales ordinarios y constitucionales, contiene también los principales instrumentos internacionales sobre derechos sociales y observaciones del Comité de DESC. *Cfr.* ESPEJO YAKSIC, N., *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica*, Chile, OXFAM-Chile, 2009, 463 pp.

No obstante, esta afirmación tiene que ser matizada pues la jurisdicción nacional de la mayoría de los países ha sido más renuente en la aplicación de los tratados referentes a derechos económicos, sociales y culturales respecto a la utilización de los tratados sobre derechos civiles y políticos. En efecto, mucho más frecuente es que los tribunales constitucionales europeos citen la Convención Europea de Derechos Humanos o el PIDCP que la Carta Social Europea o el PIDESC.

Lo anterior no se debe a razones propiamente jurídicas y por ello a continuación señalaremos como ejemplos algunas sentencias de los tribunales constitucionales en que se han citado tratados referentes específicamente a derechos, económicos, sociales y culturales y/o disposiciones que contienen esta clase de derechos¹²⁷.

- Corte Suprema de Costa Rica. La sentencia N° 2001-03825 de las 10:22 hrs. del 11 de mayo de 2001, que declara la inconstitucionalidad de la omisión de la Administración de transmitir los fondos públicos captados de impuestos con destinos específicos a causas sociales de interés colectivo. Se señala en la sentencia que la omisión del Ministerio de Hacienda implica *“la lesión (o puesta en grave peligro) en forma refleja de –cuando menos- los derechos fundamentales a la educación, a la salud, a la vida, a la protección especial del menor, la familia y los adultos mayores, reconocidos en forma amplia en los Títulos V y VII de la Constitución Política (artículos 50, 51, 55, 67, 74, 77, 78 y 83); así como en los numerales 4, 5, 17, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 10, 14, 16 y 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3, 22, 25 y 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 6 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 3,*

¹²⁷ Eso porque, como se ha señalado, existen tratados como el PIDCP o la Convención Europea de Derechos Humanos que contienen derechos sociales.

10, 11, 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2, 4, 24, 26 y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹²⁸.

- Corte Constitucional de Colombia. La sentencia T-426 de 1992, de 24 de junio, al referirse al supuesto de que el “libre mercado” sería el primer garante de las necesidades básicas, afirma que “*el mito de la igualdad económica de oportunidades ha sido desmentido por las realidades demográficas mundiales. En el plano internacional ello ha dado lugar al establecimiento de mecanismos para el cumplimiento de los derechos humanos. Es así como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptados en 1966, vigentes a partir de 1976 y ratificados por Colombia mediante ley 74 de 1968, desarrollan y dan concreción a los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el núcleo de la Carta Internacional de Derechos. En especial, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece: ‘Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social’*”¹²⁹.

- Tribunal Constitucional español. En España, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha señalado reiteradamente que, en conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España tienen que ser utilizados para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional¹³⁰ pero, como hemos señalado anteriormente, ha también afirmado que un precepto legal no puede infringir autónomamente el mencionado art. 10.2 CE y que dicha disposición no convierte a los tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos

¹²⁸ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional: Sentencia N° 2001-03825 de las 10:22 hrs. del 11 de mayo de 2001, párr. . Además de esta sentencia, otros casos en que la Corte Suprema de Costa Rica ha citado tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales son: sentencia N° 2004-08013 de las 16: 23 hrs. del 21 de julio de 2004.

¹²⁹ Corte Constitucional colombiana: T-426 de 1992, de 24 de junio, considerando 15.

¹³⁰ *Vid.* SSTC: 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4°; 84/1989, de 10 de mayo, FJ 5°.

fundamentales¹³¹. Hecha esta precisión, analicemos ahora algunos ejemplos en los que la justicia constitucional española ha realizado la mencionada labor hermenéutica apoyándose en los tratados internacionales de derechos humanos que regulan derechos sociales:

- En el caso de la Carta Social Europea, el TC ha utilizado dicho instrumento internacional como fuente hermenéutica directa particularmente en relación al derecho a la huelga, a la libre sindicación y a la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral¹³². Un ejemplo concreto está dado, por un fallo en el cual, para efectos de alcanzar una definición de la asistencia social, el TC realizó una interpretación en que consideró de manera relevante a los tratados internacionales y en especial de la Carta Social Europea¹³³.
- En la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, en la que se impugnó la disposición referente al derecho a la educación contenida en el art. 1.7 de la LO 4/2000, de 11 de enero, el TC se pronunció por su inconstitucionalidad por entrar en contradicción con los establecido en los tratados internacionales ratificados de derechos humanos por España y, en especial con el art. 13 del PIDESC¹³⁴. El TC utilizando dicha disposición para interpretar el texto constitucional concluyó que, *“De las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos*

¹³¹ Cfr. STC: 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4º.

¹³² Para una revisión de la aplicación de la Carta Social Europea por parte del Tribunal Constitucional español, Vid. FREIXES, T., “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en JIMENA QUESADA, L. (Coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp.121 y ss.

¹³³ Cfr. STC: 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 2º.

¹³⁴ Cfr. STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8º.

humanos, necesarios para 'establecer una sociedad democrática avanzada', como reza el preámbulo de nuestra Constitución"¹³⁵.

6.2.- Utilización de observaciones generales y del sistema de informes del Comité del PIDESC o de otros órganos encargados de velar por el cumplimiento de tratados de derechos humanos.

Como se verá más adelante, una de las principales objeciones a la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales es la que plantea la indeterminación de esta clase de derechos. Las observaciones generales de los comités encargados sirven precisamente para concretar y especificar el contenido de las disposiciones de los tratados. Por otra parte, las Recomendaciones Finales a los Estados en algunos casos también pueden aportar en la interpretación de las normas de los tratados internacionales.

Como ha señalado PISARELLO, las Observaciones Generales y las Recomendaciones Finales a los Estados Partes del PIDESC constituyen la interpretación autorizada de su normativa, por lo cual deben ser incorporados en los ordenamientos jurídicos internos¹³⁶.

Mencionaremos a continuación dos ejemplos que muestran como la jurisprudencia constitucional comparada ha citado dicha jurisprudencia del Comité de DESC.

En primer lugar, nos referiremos a la sentencia T-025/04 de la Corte Constitucional colombiana. En este caso, los demandantes interpusieron acción de tutela en contra de varias instituciones estatales por no cumplir con su misión de proteger a la población desplazada y por no dar respuesta efectiva a sus solicitudes

¹³⁵ STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8°. En la misma sentencia se utilizaron el art. 8 del PIDESC y los convenios de la OIT referentes a la libertad sindical para analizar si la regulación de ese derecho por parte de la Ley de Extranjería era compatible con el texto constitucional. *Cfr.* STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 9°.

¹³⁶ *Cfr.* PISARELLO, G., *op. cit.*, p.105.

en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria. La Corte Constitucional estableció que las condiciones de vulnerabilidad extrema que padece la población desplazada, y la omisión estatal reiterada en brindarle una protección oportuna y efectiva, viola sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños. La Corte ordenó al Consejo Nacional Para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que asegurara la coherencia entre las obligaciones fijadas por las autoridades competentes y el volumen de recursos efectivamente destinados a proteger los derechos de los desplazados y que proteja los derechos mínimos de manera oportuna y eficaz. Lo interesante en este caso es que para dilucidar las obligaciones estatales en materia de principio de progresividad y prohibición de retroceso la Corte utilizó como criterios interpretativos las Observaciones Generales N° 1, 3, 12 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³⁷.

En segundo lugar, además de citar observaciones generales del Comité de DESC, la jurisprudencia constitucional comparada ha utilizado también como fundamento a sus decisiones los informes realizados en el marco del sistema de informes periódicos.

Un ejemplo claro de ello lo constituye la sentencia de la Corte Suprema argentina en la cual, para determinar, las obligaciones estatales en los Estados federados citó las observaciones del Comité de DESC al Informe inicial del Estado de Suiza en 1998, señalando que *“En lo que concierne al modo de realización en estados de estructura federal, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos*

¹³⁷ Corte Constitucional colombiana: Sentencia T-025/04, de 22 de enero de 2004, considerando 8.3.2.

*derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto*¹³⁸.

¹³⁸ Corte Suprema de la Nación, Argentina: Campodonico de Beviacqua, Ana Carina c / Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas s/recurso de hecho, 24 de octubre de 2000, párr. 19.

CAPÍTULO III
LOS DERECHOS SOCIALES Y SU PROTECCIÓN EN EL SISTEMA
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.- Integración europea, derechos humanos y Estado social

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial los gobernantes de Europa se encontraban frente al desafío de establecer bases sólidas para lograr una paz duradera. La imposición de cargas demasiado onerosas a los países vencidos probablemente generaría un escenario de animadversión que, a la larga, desencadenaría en un nuevo conflicto bélico. Después de las dimensiones trágicas de la guerra recién terminada era necesario idear nuevas fórmulas políticas para desterrar dicha posibilidad.

En ese contexto, algunos políticos e intelectuales europeos consideraban que el mejor camino para la obtención de la paz era el de emprender una profunda integración económica y comercial que incluyera la mayor cantidad de países de Europa. Fruto de esta idea, el 18 de abril de 1951 a propuesta del Ministro de Asuntos de Exteriores de Francia, Robert Schuman, se cristalizaba con la firma por parte de Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, el Tratado que instituía la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (en adelante, CECA). Esta organización se configuró como el pilar de la construcción económica europea para evolucionar posteriormente hasta llegar convertirse en la Comunidad Económica Europea, en la Comunidad Europea y finalmente, en la que hoy en día se conoce como Unión Europea (en adelante, UE)¹.

El objetivo de avanzar en la integración económica con el fin de consolidar la paz se trasluce en múltiples documentos de la época. En particular son muy claras

¹ A continuación utilizaremos generalmente la denominación de Unión Europea por ser la que se emplea actualmente.

en ese sentido las palabras pronunciadas por el que fue el primer Presidente de la Alta Autoridad de la CECA, el francés Jean Monnet. Considerado uno de los “padres de Europa”, MONNET, en un discurso pronunciado en Nueva York el 23 de enero de 1963 afirmaba que “el Mercado Común no fue solamente creado para establecer un mejor sistema de intercambios de mercancías y tampoco para crear una nueva potencia. Tuvimos y seguimos teniendo como objetivo esencial la creación de una Europa unida y la eliminación entre los países y los pueblos del espíritu de dominio que, muchas veces, llevó al mundo cerca de su pérdida”². Con esa finalidad se caminaba entonces hacía la “nueva Europa”.

Sin embargo, si se quería evitar la llegada de nuevos regímenes totalitarios y construir una Europa inspirada en principios de libertad y justicia social, no bastaba con un acuerdo comercial entre algunos gobiernos europeos. Era fundamental, además, trabajar en otros dos temas de gran relevancia para el futuro de los pueblos europeos: la protección de los derechos humanos y la adopción de una política social conjunta.

En cuanto a lo primero, se comenzaron a dar pasos en el marco de otra organización que surgió de manera paralela a la CECA: el Consejo de Europa. En su seno fueron adoptados dos tratados de derechos humanos a los que nos referiremos a continuación: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea. Como veremos enseguida, la Unión Europea no tuvo en sus inicios una política de derechos humanos; revertir esa situación fue el resultado de un proceso lento y dificultoso. Por otra parte, respecto a la necesidad de tener una política social común de los países de Europa y, consecuencialmente a ello, avanzar en el fortalecimiento de los derechos humanos sociales, los gobiernos europeos sólo comenzaron tardíamente – y de manera parcial- a tomar decisiones dirigidas a ese fin. Precisamente, a analizar la

² MONNET, J., “Discurso durante la entrega del “Premio de la Libertad”, el 23 de enero de 1963”, en *Precursores de Europa*, PÉREZ-BUSTAMANTE, R. y SAN MIGUEL PÉREZ, E., Madrid, Dykinson, 1998, p.179.

evolución y el estado actual de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Derecho europeo nos dedicaremos en las páginas siguientes.

2.- El sistema de protección de los derechos económicos, sociales y culturales establecido en el marco del Consejo de Europa

2.1.- El rol del Consejo de Europa en materia de derechos humanos

El Consejo de Europa es una institución europea de carácter intergubernamental, que suele ser confundida por la opinión pública con la Unión Europea. No obstante ello, podemos decir que al hablar del Consejo de Europa se hace referencia a un organismo de especial importancia y que cuenta con una propia fisonomía. Su origen se encuentra en un Tratado Multilateral Internacional firmado en Londres el 5 de mayo de 1949 que entró en vigor el 5 de agosto del mismo año.

De acuerdo al tratado original formaban parte del Consejo de Europa diez países, mientras en la actualidad los Estados miembros alcanzan el número de 46, habiendo tenido un gran incremento después del fin de los regímenes comunistas de Europa del Este. Por otra parte, desde su constitución el Consejo de Europa ha sido objeto de diversas reformas que, sin embargo, no han modificado la esencia del organismo³.

Desde sus inicios el Consejo de Europa fue visto por muchos como una institución que debía convertirse en un ente supranacional; pero, esa idea finalmente no llegó a concretarse principalmente por dos motivos. En primer lugar, porque la estructura orgánica que se le dio no era compatible con la misión tan pretenciosa que se esperaba cumpliera. Y, en segundo lugar, porque poco tiempo después de su

³ Acerca de la estructura orgánica del Consejo de Europa *Vid.* SIERRA NAVA, J., *El Consejo de Europa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, 361 pp.; SALINAS ALCEGA, S., *El Consejo de Europa, su protagonismo en la construcción de la "Gran Europa" y sus aportaciones al progreso del derecho internacional público*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, 1999, 335 pp. *Vid.* también página web del Consejo de Europa, en <http://www.coe.int/>.

creación surgió paralelamente otra institución, la CECA, generada en un inicio básicamente con fines económicos y comerciales pero que, a la larga, fue ampliando sus competencias a otras materias, convirtiéndose en ente supranacional.

En la actualidad, el rol del Consejo de Europa está centrado en diversas temáticas aunque casi sin abordar los problemas específicamente económicos, los que han quedado reservados para la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. Los grandes sectores de la actividad del Consejo de Europa han estado centrados, entre otras materias, en: derechos humanos, cuestiones económicas y sociales, juventud, educación y patrimonio arquitectónico. Para cada uno de los ámbitos de acción del Consejo se ha creado una división encargada de diseñar la política correspondiente. Fruto del trabajo en las distintas áreas se han adoptado hasta el momento un total de 205 tratados con fuerza legal, entre convenios y protocolos complementarios⁴.

En el ámbito de la protección de los derechos humanos, desde la creación del Consejo de Europa el rol de esta institución y su trabajo en la protección de los derechos humanos ha sido muy importante. En 1950 se aprobó en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Es indiscutible que la actividad jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o “Tribunal de Estrasburgo”, por el lugar donde tiene su sede), como encargado de velar por el cumplimiento de sus normas, ha sido fundamental para el resguardo de los derechos civiles y políticos en los países signatarios. Con posterioridad se han celebrado otros convenios y tratados de derechos humanos, entre los que destacan la Carta Social Europea de 1961 -a la que me referiré en los acápites siguientes-, el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1989 y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1994.

⁴ Cfr. [<http://www.conventions.coe.int/>], 3 de septiembre de 2009.

Debido a este rol que el Consejo de Europa ha asumido en materia de derechos humanos en la práctica ha entrado en múltiples relaciones con la Unión Europea. Al estar la Unión centrada desde sus inicios en la integración económica y comercial entre sus miembros, fue el Consejo de Europa el que desarrolló el trabajo principal en derechos humanos. Incluso, durante mucho tiempo el Consejo jugó el rol de ser el organismo encargado de velar por que los Estados postulantes a entrar en la Unión cumplieran normas mínimas de derechos humanos⁵. De hecho, ningún país se ha adherido nunca a la UE sin pertenecer antes al Consejo de Europa⁶.

Como hemos podido ver, la labor realizada por el Consejo de Europa en materia de derechos humanos no sólo ha sido muy importante para la protección de los mismos, sino también ha constituido un gran apoyo a la Unión Europea. Sin embargo, en este trabajo nos interesa básicamente analizar cuál ha sido la labor de esta institución en materia de DESC y en sentido el principal tratado es la Carta Social Europea que pasaremos a analizar a continuación. Posteriormente, nos referiremos brevemente a la jurisprudencia de la CEDH en materia de DESC pues en su texto se regulan algunos derechos sociales como la prohibición de trabajo forzoso, el derecho a la libertad sindical y el derecho a la educación y, además, el TEDH ha resguardado otros derechos sociales a través de una protección indirecta.

⁵ Se les exigía, por ejemplo, que para entrar en la Unión suscribieran el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁶ Esta función se ha incrementado después de la caída del Muro de Berlín en 1989, ya que en el seno del Consejo de Europa se creó la llamada Comisión de Venecia –conocida también como *Democracy Through Law*– cuya finalidad fue asesorar a los países del este de Europa en la elaboración de leyes y otros temas relativos a la transformación de su régimen político. Incluso, dicha comisión ha colaborado con los Estados postulantes a la UE, en el estudio de las implicaciones constitucionales que derivarían de su incorporación. *Cfr.* SANZ CABALLERO, S., “La Contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y diferencias de ambos sistemas”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, pp.71-73.

2.2.- La Carta Social Europea: el primer paso en la evolución de la Europa Social

Antes de referirnos a la lista de derechos contenidos en la Carta Social Europea (en adelante, CSE o “la Carta”) es pertinente que recordemos el contexto histórico en el que ella fue elaborada. Desde el primer momento de la creación del Consejo de Europa, existía entre los Estados miembros un consenso acerca de la necesidad de proteger en un tratado los derechos civiles y políticos, pero no ocurría lo mismo respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Fue debido a estas circunstancias que en 1950 no se incluyeron derechos sociales en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a excepción de la prohibición de trabajo forzoso (art. 4), de la libertad sindical (art. 11) y, posteriormente, del derecho a la educación, incorporado en el Primer Protocolo del CEDH (art. 2).

Solamente en 1953, cuando entró en vigor la CEDH, se comenzó la elaboración de la CSE. En el proceso de discusión participaron varios órganos del Consejo de Europa: el Comité social gubernamental, la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros. Esta conjunción de organismos diferentes y la mezcla de argumentos propiamente jurídicos con intereses de carácter político, determinó que la CSE resultara disminuida, especialmente en su mecanismo de control. En definitiva, la Carta fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y constituyó el primer instrumento convencional de protección de los DESC en la esfera europea.

En los años de funcionamiento de la CSE se evidenciaron los problemas de su sistema de control y la evolución histórica hizo necesario que se planteara la necesidad de formular cambios a su lista de derechos. Por ello, desde 1988 comenzó un proceso de reforma de la Carta que derivó en los sucesivos protocolos de 1988, 1991, 1995; además de la adopción en 1996 de la Carta Social Europea Revisada (en adelante, CSE revisada).

En especial, en este último caso debe mencionarse que su naturaleza no es ni la de un protocolo adicional ni la de una reforma a la CSE, sino más bien un tratado internacional autónomo y complementario a la misma. Que sea autónomo se demuestra con el hecho de que hay Estados que han ratificado la CSE revisada y que no eran parte de la versión original de la Carta. Por otra parte, la complementariedad de la CSE revisada respecto de la CSE se evidencia en que, para evitar una duplicidad en las obligaciones jurídicas, a los Estados que han ratificado ambas convenciones sólo se le aplicará la primera, quedando obsoletas las disposiciones de la CSE y de su Protocolo de 1988.

Por la importancia de todas estas modificaciones, a continuación nos referiremos a los derechos de la Carta y a su sistema de control, revisando su situación original y los aspectos que han sido reformados.

2.2.1.- Derechos consagrados y valor jurídico de los mismos

Considerando que la CSE fue el resultado de difíciles equilibrios, podemos decir que su adopción constituyó igualmente un importante avance para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, en las disposiciones de la Carta se contemplan algunos planteamientos y derechos muy relevantes, tales como: la idea de subordinar la política económica al objetivo de mantener un nivel de empleo lo más alto posible; la finalidad de reducir la jornada de trabajo en función de la productividad; la necesidad de regular la seguridad e higiene en el mundo del trabajo; de mejorar progresivamente los salarios, y la idea de entregar una especial protección a mujeres y menores. Por otra parte, es particularmente destacable que la CSE sea uno de los primeros textos jurídicos internacionales que establece el derecho de huelga⁷.

⁷ Para un análisis en profundidad del contenido de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea, *Vid.* SWIATKOWSKI, A., *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Holanda, Kluwer Law International, 2007, pp.55-368.

Con posterioridad, a través del Protocolo de 1988 se consagraron en el texto de la Carta nuevos derechos, entre los que se cuentan el derecho a la igualdad de oportunidades en materia de empleo y formación y el derecho de los ancianos a una protección social. Además, las disposiciones que con el paso del tiempo fueron superadas por preceptos de las Constituciones nacionales y otras normativas internacionales han sido debidamente modificadas. Es el caso, por ejemplo, del art. 2 de la CSE que inicialmente establecía un mínimo de dos semanas de vacaciones pagadas al año. Dicha norma fue sobrepasada por el Convenio 132 de 1970 de la OIT y por los ordenamientos jurídicos nacionales, por lo cual se debieron realizar modificaciones y en el texto actual de la Carta Social Europea revisada se establece un mínimo de cuatro semanas de vacaciones pagadas al año.

En este último tratado internacional también se incluyeron nuevos derechos, especialmente en el ámbito de las relaciones laborales, destacando el reconocimiento del derecho a la dignidad del trabajo –con expresa mención al acoso sexual-, del derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo y del derecho a la protección en caso de despido⁸. Otros derechos consagrados en la CSE revisada y que representan una novedad respecto a la Carta original fueron el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social y el derecho a la vivienda. Además, se modificaron otros preceptos de la CSE para actualizarla a los cambios que se han experimentado a lo largo del tiempo en materia de DESC y se reforzó el principio de no discriminación, estableciendo una cláusula general sobre ello en su Parte V.

En todo caso, además de las modificaciones que afectan a las disposiciones de la Carta y la incorporación de nuevos derechos, ha sido también muy relevante la construcción jurisprudencial del contenido de los derechos realizada por el Comité

⁸ La inclusión de este último derecho es especialmente relevante, ya que en materia de estabilidad en el empleo la regulación de la CSE fue por mucho tiempo mucho menos protectora otras normativas internacionales, en especial la que fue dictada en el marco de la OIT. *Cfr.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”, en *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 118, año 1978, p.15.

de Expertos Independientes⁹. Un caso muy ejemplificador está constituido por el art. 4.1 de la CSE que dispone que “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las partes contratantes se comprometen: 1. A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso*”. En el caso de esta disposición, el Comité por años tuvo dificultades en clarificar cual era el “nivel de vida decoroso” exigible a los Estados pero finalmente en 1998 definió el contenido del derecho de la siguiente manera:

- las remuneraciones líquidas superiores al 60% de la remuneración media líquida de un Estado, son consideradas conformes al art. 4.1 de la Carta;
- respecto a las remuneraciones líquidas comprendidas entre el 50% y el 60% de la remuneración media líquida de un Estado existe una presunción de desconformidad con la citada norma de la Carta. Sin embargo, los Estados pueden destruir esa presunción probando que el nivel de vida es igualmente decoroso aportando otros antecedentes como el costo de la vida, de la vivienda, de la sanidad, u otros;
- en el caso de las remuneraciones inferiores al 50% de la remuneración media líquida, ellas son contrarias al art. 4.1 de la Carta, sin la posibilidad de prueba en contrario¹⁰.

Por otra parte, es oportuno resaltar que no todos los derechos tienen el mismo valor ya que los Estados al momento de ratificarla han debido aceptar lo que se ha denominado como su “núcleo duro”. Ello en la práctica se traduce en aceptar la proclamación sobre política social establecida en la Parte I y en la obligación de aceptar cinco artículos de los comprendidos en los números 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19. Por otro lado, además de ese llamado “núcleo duro”, existe otro número mínimo con mayor posibilidad de elección: los Estados signatarios deben aceptar 10 artículos o 45 párrafos entre los 19 artículos de la Parte II. Además, los Estados

⁹ Cfr. BRILLAT, R., “La protezione dei diritti dell’uomo e la Carta Sociale Europea. Da Roma ’90 a Roma 2000: dieci anni di cambiamenti per la Carta”, en NASCIMBENE, B. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Milano, Giuffré Editore, 2002, pp.192-193.

¹⁰ Cfr. BRILLAT, RÉGIS, *op. cit.*, p.193.

tienen la posibilidad de denunciar cualquier artículo o párrafo de esa misma Parte II. La adopción de esta técnica denominada “derechos a la carta” ha sido criticada -con justeza en nuestra opinión- porque implica tantas CSE como Estados lleguen a ser partes, configurando, en definitiva, “una visión excesivamente fragmentaria de los derechos sociales”¹¹.

Posteriormente, la CSE revisada modificó el llamado “núcleo duro”¹², ya que éste ahora incluye nueve artículos de la Parte II, quedando obligados los Estados a considerarse vinculados por seis de ellos. Además, de manera complementaria, deben aceptar un número no inferior a 16 artículos o 63 párrafos de la Parte II.

Después de haber descrito los derechos contemplados en la CSE, corresponde abordar sucintamente la cuestión de su valor jurídico. Sobre este punto, es pertinente mencionar la opinión de VIDA SORIA, quien fue miembro del Comité de Expertos Independientes de la Carta Social Europea. En su opinión jurídicamente razonada, las disposiciones de la Carta no consagran derechos subjetivos garantizados a los ciudadanos, sino “mandatos a los Estados, que les comprometen a una determinada conducta normativa encaminada a realizar en el respectivo ámbito estatal estos derechos”¹³. En forma similar se pronuncia RODRÍGUEZ PIÑERO, quien mantiene que “el contenido de la Carta implícitamente reconoce la creación de meros compromisos u obligaciones, lo que supone la imposibilidad de *self-executing* de sus normas”¹⁴, a excepción del derecho de huelga (art. 6.4) y del derecho de emigrar (art. 18.4), que por la forma en que sus disposiciones están redactadas, serían directamente aplicables.

¹¹ BONET PÉREZ, J. y BONDÍA GARCÍA, D., “La Carta Social Europea”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p.453.

¹² Aunque, en realidad, no es propiamente una modificación ya que como aclaramos anteriormente, se trata de dos tratados que aún siendo complementarios, son diferentes.

¹³ VIDA SORIA, J., “El Derecho Social y la política de protección social del Consejo de Europa”, en *Convenios, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa en materia social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, p.XXXII.

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *op. cit.*, p.29.

Una posición diferente ha sido expresada por la doctrina italiana que ha asignado a los preceptos de la CSE una función interpretativa de las normas internas¹⁵. De la misma manera, cabe mencionar sentencia N° 46/2000 de la Corte constitucional italiana que en la de manera accesoria se pronunció sobre esa función interpretativa. En esa sentencia, la Corte estaba llamada a pronunciarse acerca de la eventual derogación de normas protectoras de los trabajadores en caso de despidos injustificados y dictaminó que la derogación de esas normas no vulneraba la aplicación del principio de “garantización progresiva” del derecho al trabajo establecido en la Constitución italiana ya que se mantenían otras normas relativas a los despidos injustificados y ellas deben ser interpretadas a la luz de la Carta Social europea revisada, ratificada y en vigor con ley del 9 de febrero de 1999¹⁶.

2.2.2.- Mecanismos de control establecidos en la CSE y en la CSE revisada

Antes de describir los procedimientos de control establecidos en la CSE y en la CSE revisada es oportuno mencionar cuál es su aplicación subjetiva, esto es, quienes son los titulares de los derechos de la Carta. Al respecto, corresponde señalar que las disposiciones de la CSE sólo son aplicables a los nacionales y a los extranjeros, siempre y cuando ellos sean ciudadanos de un Estado que haya ratificado la Carta. Sobre este punto caben dos observaciones. La primera es que lo anterior se contradice con lo estipulado en los convenios de la OIT y en el CEDH, que regulan derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados suscriptores, independientemente de su nacionalidad o cualquier otra condición. En segundo lugar, es criticable que existan limitaciones personales a su aplicación siendo un tratado de derechos humanos en el que los Estados signatarios de acuerdo al preámbulo se dicen “*resueltos a desplegar en común todos los esfuerzos posible para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones*” y se

¹⁵ *Cfr.* DI TURI, C., “La Protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo”, en GAMBINO, S. (Coord.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p.113.

¹⁶ *Cfr.* Corte Costituzionale, Italia: Sentencia 46/2000, de 3-7 de febrero, Considerando Jurídico 5.

plantea “*que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social*”.

En lo referente al cumplimiento de sus normas, lo primero que debe decirse es que la CSE no contempla la existencia de un tribunal independiente que resuelva los casos de controversias como ocurre en el caso del CEDH. Según algunos estudiosos del tema, la falta de un sistema de judicialización de los derechos de la Carta constituye su “Talón de Aquiles” y la forma de “control de aplicación de la Carta degrada a sus normas, hasta reducirla a una expresión normativa mínima”¹⁷. Probablemente esta sea la causa que justifique el hecho que este instrumento internacional no ha tenido el mismo impacto para los ciudadanos europeos que la CEDH.

2.2.2.1.- Sistema de informes

El sistema de control establecido originariamente en la Carta Social Europea consiste básicamente en la obligación de los Estados Partes de presentar informes periódicos señalando la evolución que han tenido los DESC en sus países. Los informes, en la actualidad, deben ser presentados cada dos años respecto de las disposiciones del “núcleo duro” de la Carta y de cuatro años respecto a las demás normas, siendo presentados para su examen ante el Comité de Expertos Independientes que después de un examen rigurosamente jurídico de los mismos formula sus conclusiones. Enseguida, esas conclusiones son transmitidas al Comité Social Intergubernamental del Consejo de Europa que indica al Consejo de Ministros las situaciones que a su parecer merecen recomendaciones especiales. En este proceso la Asamblea Parlamentaria también puede emitir, de manera suplementaria, su opinión sobre los informes. Finalmente, en los casos en que el Consejo de Ministros estime que un Estado no ha cumplido con las obligaciones que ha suscrito en la Carta, realizará sus recomendaciones, que deben contar con un mínimo de dos tercios de sus miembros. En muchas ocasiones la existencia de posturas disímiles entre los órganos que intervienen previamente al Consejo de

¹⁷ VIDA SORIA, J., *op. cit.*, p.XXXV.

Ministros ha dificultado que este último adopte una decisión, lo cual, unido al elevado quórum que se requiere para formular recomendaciones, ha provocado que durante veinte años éstas nunca fueran efectuadas.

Lo que hemos señalado previamente ha dado lugar a que este procedimiento haya sido objeto de fuertes críticas. En opinión de RODRÍGUEZ PIÑERO el mecanismo de supervisión de la CSE “ha mostrado las dificultades y límites del sistema y sobre todo ha exteriorizado importantes diferencias y tensiones entre el Comité de Ministros y la Asamblea”¹⁸. En el caso del sistema de control de los convenios de la OIT, -en el que se inspiró el de la CSE- no existe esta conflictiva dualidad entre dos órganos que intervienen en el procedimiento de aplicación. Además, es problemático que las recomendaciones finales del Comité de Ministros - que sólo tienen fuerza moral- puedan depender, como ha ocurrido en la práctica y al ser este un órgano político, de su voluntad de formular esas recomendaciones¹⁹. A todo ello se une el hecho de que el proceso de revisión de los informes ha sido excesivamente lento -duración de cuatro años como promedio desde su presentación-, debido, justamente, a la intervención de esta pluralidad de órganos.

Por todos los motivos anteriores se resolvió iniciar un proceso de reforma, decidido de forma simbólica al cumplirse cuarenta años desde que comenzó el proceso de ratificaciones a la CSE. Este hecho tuvo lugar durante una reunión de los Ministros de Relaciones Exteriores del Consejo de Europa celebrada en noviembre de 1990²⁰.

Así las cosas, en 1991 se adoptó un protocolo que reformó el mecanismo de control de la CSE simplificándolo y mejorándolo sustancialmente. Este protocolo aún no ha entrado en vigencia pero desde 1993 comenzaron a aplicarse sus principales disposiciones. Conforme a lo que en ellas se dispone, el Comité de

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *op. cit.*, p.34.

¹⁹ *Cfr.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *op. cit.*, pp.34-35 y 86.

²⁰ *Cfr.* BRILLAT, R., *op. cit.*, p.187.

Expertos Independientes -que desde el año 2000 viene denominado Comité Europeo de Derechos Sociales- es prácticamente el único órgano encargado de velar por la concordancia de las legislaciones nacionales con las normas de la Carta, lo que busca evitar que se produzcan contradicciones entre varios órganos en el proceso de revisión de los informes presentados por los Estados.

Respecto al sistema de informes, debemos decir que ha tenido varios efectos concretos en el ordenamiento jurídico español. El caso más relevante es probablemente el del cuestionamiento del Comité de Expertos Independientes al Estado español en materia de trabajo infantil (art. 7.1 de la CSE). El Comité expresó sus reticencias acerca de la incongruencia entre la edad de instrucción obligatoria (catorce años) y la edad mínima exigida para poder trabajar (dieciséis años). Este desfase se traducía en la práctica en que muchos jóvenes de entre 14 y dieciséis años se incorporaban en el mercado laboral. La observación del Comité significó que esta situación se modificara con la aprobación de la Ley Orgánica 1/1990, del 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo que elevó la edad de escolaridad obligatoria a los dieciséis años.

Hasta el momento, España ha presentado 19 informes y el Comité ha emitido 18 informes completos con conclusiones sobre el cumplimiento de España de las obligaciones de la Carta y un informe con las conclusiones sobre la primer aparte del informe XIX que abarca la mitad de los derechos²¹, estando pendientes las conclusiones respecto a la segunda parte del informe XIX presentado por el Estado español. En esta primera parte de las conclusiones al último ciclo de informes, el Comité se ha pronunciado de la siguiente manera:

- 6 Casos de conformidad con la Carta: arts. 1.1, 1.2, 10.2, 10.3, 18.4 y art. 1 del Protocolo Adicional;
- 7 Casos de no conformidad con la Carta: arts. 1.4, 9, 10.4, 15.1, 15.2, 18.1 y 18.3;

²¹ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: Conclusiones XIX-1, España, periodo comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2006, noviembre de 2008.

- respecto de la situación de los arts. 1.3, 10.1 y 18.2 el Comité solicitó al Estado información adicional.

2.2.2.2.- Reclamaciones colectivas

Por otra parte, además de los cambios realizados por el Protocolo de 1991 al mecanismo de informes periódicos, es oportuno señalar que, en conformidad al Protocolo Adicional de 1995, ha comenzado a regir desde el 1 de julio de 1998 un mecanismo de reclamaciones colectivas del que pueden hacer uso las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones sindicales y de empleadores que se encuentren en la lista elaborada por el Comité Gubernamental²². No se permite, por lo tanto, que puedan formular denuncias sujetos individuales como en el caso del nuevo Protocolo Facultativo al PIDESC lo que, lamentablemente, sigue evidenciando un tratamiento diferenciado respecto a los derechos civiles y políticos que según lo establecido en el CEDH pueden ser objeto de verdaderos procedimientos jurisdiccionales.

En este procedimiento de reclamos colectivos los denunciantes pueden alegar la aplicación incorrecta o el incumplimiento de alguna disposición de la Carta por parte de un Estado suscriptor del Protocolo de 1995. En cuanto a los requisitos de las reclamaciones, se ha destacado como una virtud de este sistema que los criterios de admisibilidad a tramitación son menos estrictos que los establecidos en la CEDH por lo cual desde las primeras reclamaciones se ha podido constatar que sólo una minoría ha sido declarada inadmisibles²³. Respecto al examen de mérito, al igual que en el caso de los informes, la decisión de formular recomendaciones en caso de no cumplimiento de alguna disposición de la Carta corresponde al Consejo de Ministros.

²² Se puede consultar dicha lista en la página web del Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/OrganisationsIndex_en.asp]

²³ Cfr. BELORGEY, J., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 70, 2007, p.355.

Hasta el mes de septiembre de 2009, sólo 14 Estados partes del Consejo de Europa han aceptado el procedimiento de reclamos colectivos. Se han sometido al Comité Europeo de Derechos Sociales 59 reclamaciones colectivas, de las cuales sólo cuatro han sido declaradas inadmisibles. De los 38 pronunciamientos de fondo que han existido, en 25 casos se el Comité ha señalado en sus conclusiones que se ha vulnerado alguna disposiciones de la Carta²⁴.

En el caso de España, todavía no se ha ratificado el Protocolo de 1995 que establece el procedimiento de reclamaciones colectivas. No obstante ello, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales recaída sobre las reclamaciones colectivas es plenamente aplicable al Estado español pues recae sobre los mismos derechos contenidos en la CSE y el sistema e informes con el sistema de reclamaciones colectivas se retroalimentan en la práctica²⁵.

2.2.2.3.- Perspectivas futuras de la CSE

Sin duda, hemos de admitir que, tanto la incorporación del mecanismo de los reclamos colectivos como las demás reformas que se han realizado a la Carta y la adopción de la CSE revisada, han fortalecido este importante instrumento del ámbito regional europeo. Esta restructuración ha permitido, a juicio de parte de la doctrina, que el nuevo Comité Europeo de Derechos Sociales haya podido desarrollar en sus años de funcionamiento un importante papel en el progreso de los derechos sociales²⁶. El Estado español todavía no ha ratificado ni el Protocolo de

²⁴ Se pueden revisar todas las reclamaciones colectivas en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp].

²⁵ De la misma opinión es JIMENA QUESADA que plantea que en base a los arts. 96.1 y 10.2 de la CE es perfectamente posible que un órgano jurisdiccional español utilice la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sentada en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas. *Cfr.* JIMENA QUESADA, L., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 67.

²⁶ *Vid.*, al respecto, BELORGEY, J., *op. cit.*, pp.358 ss; JIMENA QUESADA, L. y TOMÁS MALLÉN, B., “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 68, 2007, pp.338-359.

1995 ni la CSE Revisada y claramente se trata de una tarea pendiente para avanzar en la protección de los derechos sociales²⁷.

De todas formas, es pertinente señalar que siguen existiendo complicaciones en la protección de los DESC y que estos derechos continúan sin tener la misma consideración que los DCP en cuanto a su importancia²⁸. Son muestras de ello, la existencia de dos convenciones autónomas (la CSE y la CSE revisada), la adopción de los sucesivos protocolos adicionales sólo por parte de algunos Estados y la posibilidad de elegir los derechos “a la carta”, que han significado una multiplicidad de regímenes jurídicos distintos entre los países dificultando el camino hacia una verdadera “Europa social”²⁹.

2.3.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su protección de los DESC

La protección de algunos derechos sociales de parte del CEDH adquiere especial relevancia por la posibilidad establecida en este tratado de recurrir a un órgano jurisdiccional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello es de gran importancia, principalmente porque reconoce a los individuos la posibilidad de someterse a un procedimiento contradictorio que tiene las características de un verdadero proceso jurisdiccional que puede, eventualmente, derivar en sentencias que en la práctica son acatadas por los Estados³⁰. A ello se agrega que la

²⁷ *Vid.*, en el mismo sentido, PRIETO SUÁREZ, R., “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 11, 1er semestre de 2008, p.363.

²⁸ Un claro ejemplo es el hecho de que para los Estados que pasan a formar parte del Consejo de Europa es obligatorio suscribir la CEDH pero no la CSE. En nuestra opinión, tal aceptación debiera ser igualmente exigida como lo aconsejó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1168 (1991) de 24 de Septiembre de 1991.

²⁹ DÍAZ BARRADO, C. “La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.248-250.

³⁰ De todas formas, no obstante el TEDH tenga todas las características de un órgano jurisdiccional y sus sentencias sean obedecidas por los Estados estas tienen un carácter meramente declarativo y

jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido su especial relevancia en la función interpretativa de los tratados internacionales establecida en el art. 10.2 CE. El TC ha señalado expresamente que “*la remisión que el art. 10.2 de la CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos sobre las mismas materias suscritos por España (...), autoriza y aun aconseja referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)*”³¹.

Los derechos sociales protegidos en el CEDH son principalmente tres (aunque algunos de ellos se encuentran en el límite entre los DCP y los DESC): la prohibición de trabajo forzoso, el derecho a la libertad sindical y el derecho a la educación. En el caso de los dos primeros la delimitación como derechos sociales o derechos civiles es confusa, como lo demuestra el hecho que también están regulados en el PIDCP. A continuación realizaremos algunas consideraciones sobre cada uno de estos derechos y mencionaremos algunos casos en que el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado sobre su protección.

En cuanto a la prohibición de trabajo forzoso, señalamos que este derecho se encuentra reconocido en el art. 4 de la CEDH junto a la prohibición de esclavitud. Respecto a esta prohibición parece curioso que se establezca en la Europa de nuestros días, pero debemos enmarcarlo en el contexto histórico en que se elaboró la Convención³²; sucede que en ese momento numerosos países europeos tenían territorios coloniales y en ellos existían en muchas ocasiones distintas formas de esclavitud. Por otra parte, esta disposición es un ejemplo muy claro de derechos que se encuentran en el límite entre los derechos civiles y los sociales: contiene una derivación de la prohibición de realizar tratos degradantes y de afectar la libertad

corresponde a los Estados miembros del Consejo de Europa la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a sus resoluciones. Así lo expresado reiteradamente el mismo TEDH y el Tribunal Constitucional español. *Vid.* por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, párr. 58; STC: 245/1991, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 2º.

³¹ STC: 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3º.

³² *Cfr.* RUSSO, C. y QUAINI, C., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p.68.

personal ajena (derechos civiles), pero se establece en este caso en el marco de las relaciones laborales (ámbito propio de los derechos sociales).

Acerca del contenido de la noción de trabajo forzado podemos decir que, en términos generales, debe comprenderse dentro de ese concepto toda labor no elegida libremente e impuesta por la voluntad de otros. Por otra parte, no obstante la abolición de la esclavitud, creemos que la prohibición de trabajo forzado mantiene en la actualidad gran importancia práctica a raíz de una serie de fenómenos, como por ejemplo: el comercio de clandestinos hacia Europa, la trata de blancas y el comercio de órganos humanos³³.

En cuanto a la norma objeto de nuestro análisis, debemos señalar que después de establecer ambas prohibiciones de manera general, la disposición menciona algunos casos que no se consideran como trabajo forzoso. Estos son:

- todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad o durante su libertad condicional;
- todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio;
- todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad;
- todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Sin embargo, respecto a esta última situación se han generado diversos litigios porque varios demandantes han rechazado algunas obligaciones cívicas afirmando que se enmarcarían en la figura de trabajo forzoso. El caso más conocido sobre esta cuestión es el *caso Van der Mussele contra Bélgica*, en el cual un joven

³³ Cfr. OLIVETTI, C., “Artículo 5”, en BIFULCO, R.; CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Società editrice Il Mulino, 2001, p.67.

abogado se opuso a la obligación establecida por la ley nacional belga de realizar por un periodo de tiempo la defensa de turno de oficio, considerando tal imposición legal como una especie de trabajo forzoso.

Un primer argumento del demandante fue que no se había ofrecido voluntariamente para ofrecer el trabajo en cuestión. No obstante, frente a esa alegación el TEDH aceptó el argumento del gobierno belga: en el momento de elegir su carrera el abogado debe hacer un balance prospectivo sopesando los pros y los contras, calibrando las ventajas de la profesión y los inconvenientes que comporta, entre los cuales puede estar la obligación legal de realizar la defensa de oficio³⁴. Otra cuestión abordada por el Tribunal es el carácter de la sanción a la que están sometidos los abogados por no realizar la defensa gratuita establecida por la ley. En este caso no existe una sanción de carácter penal sino sólo se tacha su nombre de la lista de abogados en prácticas o se rehúsa su petición de inscripción en el cuadro del Colegio de Abogados, lo cual no es estimado suficiente coerción por parte del Tribunal³⁵.

Por último, también debe analizarse si la carga impuesta es o no desproporcionada. El Tribunal se inclina por lo segundo por varias razones. La primera es que los servicios a prestar no se salen del marco de las actividades normales de un abogado, por lo cual, *a contrario sensu* deducimos que la carga podría ser desproporcionada si nada tuviera que ver con la profesión que se quiere realizar. En segundo lugar, se estima que la carga impuesta encuentra una contrapartida en las ventajas inherentes a la profesión. En último término, se considera también que los servicios que deben prestarse por el demandante concurren a su formación como profesionales y que no constituyen una carga excesivamente pesada³⁶. Por todo lo anterior, finalmente el TEDH resolvió que no existía violación del art. 4 de

³⁴ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Van der Mussele contra Bélgica, de 23 de noviembre de 1983, párr. 36.

³⁵ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Van der Mussele contra Bélgica, de 23 de noviembre de 1983, párr. 19 y 35.

³⁶ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Van der Mussele contra Bélgica, de 23 de noviembre de 1983, párr. 39.

la CEDH por estar la carga impuesta enmarcada perfectamente en la noción de “obligación cívica normal”³⁷.

El segundo derecho de carácter social establecido en la CEDH es la libertad sindical, consagrada en su art. 11. No obstante, la disposición consagra de manera general el derecho a la libertad de expresión, y como una derivación de ese derecho el precepto hace expresa mención a la libertad sindical reconociendo el derecho de las personas “*de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*”.

El derecho a la libertad sindical, al igual que el derecho de asociación, tiene una doble faceta. Una primera, tiene relación con el derecho a la libertad sindical de las personas que se encuentran afiliadas a un sindicato o que desean hacerlo. En cambio, la segunda se traduce en el derecho a no verse forzados a afiliarse a un sindicato, en lo que se ha llamado “derecho de asociación negativo”.

Sobre la primera variante de la libertad sindical existe una gran jurisprudencia de los órganos competentes de la OIT, por lo que no nos referiremos mayormente a ella. En cuanto a la segunda, opinamos que merece algunos comentarios ya que el TEDH ha debido conocer de varios asuntos en los que los recurrentes han alegado su vulneración dando lugar a una interesante jurisprudencia. Mencionaremos dos casos: uno en el que el tribunal declaró la existencia de la violación de la libertad sindical y otro en el que desestimó la demanda presentada.

El primer asunto es el caso *Sigurdur A. Sigurjónsson contra Islandia* de 1993. En ese litigio, un ciudadano islandés demandó a la República de Islandia por verse obligado a adherir a una asociación bajo pena de perder su licencia de taxi. El demandante argumentó que la adhesión al sindicato era contraria a sus propias

³⁷ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Van der Musselle contra Bélgica, de 23 de noviembre de 1983, párr. 41.

opiniones y que se vulneraba su derecho de asociación negativo³⁸. El gobierno de Islandia objetó que no se trataba propiamente de un sindicato y ni siquiera de una asociación sino más bien de una organización profesional de Derecho Público pero estas alegaciones fueron desestimadas³⁹. El Tribunal estimó que efectivamente en este caso existía una injerencia en el derecho de libertad sindical del recurrente y que, por tanto, se había violado el art. 11 de la Convención⁴⁰.

Otro asunto sometido ante el TEDH por violación de la libertad de asociación en su sentido negativo es *Gustafsson contra Suecia* de 1996. En este supuesto, un ciudadano sueco demandó al Reino de Suecia alegando que se había violado el art. 11 de la Convención al ser objeto de medidas de coacción llevadas a cabo por sindicatos para obligarle a suscribir un convenio colectivo en el sector de hostelería y que él desaprobaba el sistema de negociación colectiva vigente en Suecia. Frente a ello, el Tribunal señaló en la sentencia que el art. 11 del Convenio no garantiza el derecho a no suscribir convenios colectivos⁴¹. También resaltó la importancia que los convenios colectivos tienen en la regulación de las relaciones laborales en Suecia y afirmó que las medidas cuestionadas perseguían un fin legítimo y no impedían el ejercicio del derecho de asociación⁴². Por todo ello, el Tribunal resolvió que la violación de la Convención alegada era inexistente⁴³.

Por último, un derecho social que también está regulado en la CEDH es el derecho a la educación, lo cual es comprensible por la relevancia que este derecho suele tener en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ya vimos

³⁸ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Sigurdur A. Sigurjónsson contra Islandia, de 30 de junio de 1993, párr. 29.

³⁹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Sigurdur A. Sigurjónsson contra Islandia, de 30 de junio de 1993, párr. 30 y 31.

⁴⁰ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Sigurdur A. Sigurjónsson contra Islandia, de 30 de junio de 1993, párr. 41.

⁴¹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Gustafsson contra Suecia, de 25 de abril de 1996, párr. 52.

⁴² *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Gustafsson contra Suecia, de 25 de abril de 1996, párr. 53.

⁴³ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Gustafsson contra Suecia, de 25 de abril de 1996, párr. 54 y 55.

anteriormente la regulación diferenciada que tiene este derecho en el PIDESC e, igualmente, podemos mencionar que también tiene una protección especial en el Protocolo de San Salvador dentro del sistema interamericano. Por lo anterior, no debe sorprender que este derecho esté establecido en la Convención.

Respecto a su contenido, el derecho a la educación está contenido en el art. 2 de su Primer Protocolo en los siguientes términos: “*A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*”. Ambas frases de la disposición transcrita han sido invocadas en las demandas presentadas ante el TEDH y han recibido una interpretación bastante amplia.

Respecto a la primera frase se ha estimado violada en el *asunto “Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica”*⁴⁴. En ese caso, los demandantes objetaron el impedimento a ciertos niños, con el único fundamento de la residencia de sus padres, de acceder a las escuelas de lengua francesa existentes en Lovaina y en los seis municipios de la periferia de Bruselas dotados de un estatuto especial, incluido el municipio Kraainem en litigio⁴⁵. El Tribunal resolvió sobre la cuestión que la medida era desproporcionada y que comportaba un trato discriminatorio fundado más sobre la lengua que sobre la residencia en detrimento de ciertos individuos⁴⁶.

Sobre la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 del Convenio, esto es, el derecho de los padres a asegurar la educación conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, el TEDH ha debido pronunciarse en varias ocasiones. En

⁴⁴ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia en el asunto “Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica”, de 23 de julio de 1968.

⁴⁵ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia en el asunto “Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica”, de 23 de julio de 1968, párr. 29.

⁴⁶ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia en el asunto “Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica”, de 23 de julio de 1968, párr. 32.

una de ellas el Tribunal estimó que la legislación sobre enseñanza sexual obligatoria no hiere las convicciones filosóficas ni religiosas de los demandantes⁴⁷. Se consideró que, aun cuando los profesores al impartir clases de educación sexual pueden eventualmente emitir juicios de valor, estos serían “*desde luego, consideraciones de orden moral, pero revisten un carácter muy general y no entrañan un rebasamiento de los límites de lo que un Estado democrático puede concebir como interés público*”⁴⁸. En otro asunto, los recurrentes recurrieron la expulsión temporal del hijo de una de las demandantes por la oposición suya y de sus padres a sufrir castigos corporales⁴⁹. El Tribunal se inclinó en este caso por la existencia de la violación, ya que la denegación del derecho a la educación sólo podría haberse evitado con una actuación de sus padres contraria a sus convicciones⁵⁰.

Después de haber descrito la regulación de algunos derechos sociales en la CEDH debemos señalar que, no obstante ser esos los únicos derechos de carácter económico, social y cultural expresamente establecidos en el Convenio no son los únicos que se han hecho valer ante el TEDH. En efecto, existen otros derechos que han sido protegidos por el Tribunal de Estrasburgo de manera indirecta⁵¹ pero a ellos nos referiremos en el último capítulo de este trabajo.

⁴⁷ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, párr. 54.

⁴⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, párr. 54.

⁴⁹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Campbell y Cosans contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, párr. 20.

⁵⁰ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Campbell y Cosans contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, párr. 38 y 39.

⁵¹ *Cfr.* LEZERTUA, M., “La reforma del mecanismo europeo de protección de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. II*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, p.63.

3.- Evolución de la protección de los derechos sociales en el Derecho Comunitario

3.1.- El lento avance de las políticas comunitarias en la protección de los derechos humanos sociales

Es un hecho patente que en las primeras décadas de su funcionamiento la Unión Europea casi no abordó temas de derechos humanos en general ni de derechos sociales en particular. Es sintomático en este sentido que, por largas décadas, en sus tratados constitutivos la Unión no haya incorporado una referencia a los derechos humanos, lo que contrasta con la situación del Consejo de Europa, que ya en el art. 3 de su Estatuto de 1949 disponía que *“cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*.

En el caso de la UE, esta mención no se produce hasta el Acta Única Europea de 1986 que en su preámbulo señala que los Estados signatarios están dispuestos a promover tales derechos, basándose en las tradiciones constitucionales comunes, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Carta Social Europea. Para encontrar referencias explícitas en su articulado normativo, en cambio, tenemos que esperar hasta el origen de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht de 1993, revisado por el Tratado de Ámsterdam de 1997 y nuevamente modificado con el Tratado de Niza del 2000.

Las principales normas que en el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) actualmente se refieren a la protección de los derechos humanos son los arts. 6, 7, 11, y 29, destacando el primero de ellos, que establece que *“1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de*

noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario (...)”.

En lo referente específicamente al ámbito social, debemos distinguir entre la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales y la adopción de políticas sociales a nivel comunitario. Aunque ambas cosas están estrechamente vinculadas, no existe entre ellas una relación de sinonimia, sino que más bien se puede hablar de que las políticas sociales constituyen uno de los medios para realizar los DESC⁵².

Sin embargo, es bastante claro que en un comienzo la Unión Europea no tenía en sus políticas económicas una especial preocupación por la equidad social. Como se plantea por la generalidad de la doctrina, “el planteamiento liberal fue el punto de partida en la elaboración de los Tratados Fundacionales y ello explica suficientemente la falta de desarrollo de la política social comunitaria” y que las primeras disposiciones sociales comunitarias estuvieran dirigidas a evitar que “las empresas recurran al *dumping social* como forma de conquistar mercados en el interior del espacio económico europeo”⁵³.

En cuanto al establecimiento de verdaderos objetivos sociales comunitarios, éstos no se contemplarán hasta mediados de la década de los setenta cuando el Consejo Europeo aprobó con fecha 21 de enero de 1974 la “Resolución sobre un Programa de Acción Social”. Los objetivos planteados en ese documento hacían referencia fundamentalmente a la persecución del pleno empleo y la mejora de las condiciones laborales y, aun cuando muchos de ellos no llegaron a realizarse, el Programa de Acción Social constituyó un avance ya que derivó en la promulgación de una serie de directivas comunitarias destinadas a proteger a los trabajadores, se

⁵² *Cfr.* BLANPAIN, R.; HEPPLER, B.; SCIARRA, S. y WEISS, M., “Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 74, 1995, p.874.

⁵³ COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.; SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, p.70.

crearon organismos consultivos con la participación de las fuerzas sociales y se desarrollaron fondos comunitarios de financiación social⁵⁴.

En los años ochenta se producía al interior de la Comunidad Europea un debate en el que se pugnaba por un lado por avanzar hacia la construcción de una Europa social y, por otro, se intentaba flexibilizar el mercado del trabajo para profundizar las políticas neoliberales que comenzaban a imperar en diversos países. Lo anterior se traducía también en divergencias de opinión acerca de la posibilidad de expandir las competencias comunitarias en determinados ámbitos sociales.

En ese contexto, el Consejo europeo aprobó en 1984 las “Conclusiones sobre un nuevo Programa de acción social comunitario a medio plazo” que abordaban materias relativas a empleo, seguridad social y diálogo social. Pero no fue hasta el 17 de febrero de 1986, con la firma del Acta Única Europea (en adelante, AUE) cuando se plasmaría la intención de tener en el futuro una política social comunitaria. Dicha voluntad se manifestaría principalmente en la incorporación en la Parte III del AUE de un Título V referente a la cohesión económica y social. Los aspectos más positivos de esta reforma fueron probablemente la decisión de dirigir fondos para favorecer las regiones menos desarrolladas de Europa y el impulso al diálogo social a nivel europeo.

En todo caso el balance del AUE en materia social era, en muchos aspectos, insuficiente. En efecto, a pesar de que en esos años en Europa se experimentaba un importante aumento del desempleo, la Comunidad Europea no elaboró una estrategia sobre el empleo ni se consagraron a nivel comunitario los derechos sociales (a excepción de la remisión del art. 6 del AUE, al que nos referimos anteriormente). Por ello una parte de la doctrina se ha mostrado crítica sobre el aporte del AUE en materia de derechos sociales. Son muy gráficas en este sentido y no dejan lugar a dudas las palabras de GARCÍA HERRERA, quien opina que “el

⁵⁴ *Cfr.* COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.; SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pp.71-73.

interrogante sobre si el Acta Única proporciona un soporte institucional serio al establecimiento de la Europa Social es negativo”⁵⁵.

3.2.- La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de 1989 y los pasos posteriores en pos de una política social común

Con posterioridad a la entrada en vigencia del Acta Única Europea persistieron los esfuerzos destinados a fortalecer los derechos sociales en el contexto comunitario, tanto a nivel doctrinario como en múltiples documentos emanados de órganos de la Comunidad. Los debates culminaron en diciembre de 1989, con el primer texto normativo que consagra derechos económicos, sociales y culturales y no solamente objetivos de política social: la Carta Europea de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (en adelante, CEDSFT o “la Carta Comunitaria”). La normativa de la Carta Comunitaria fue el producto de una Declaración del Consejo Europeo reunido en Estrasburgo, en el que los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea –con excepción del Reino Unido- aprobaron su contenido. Debido a la forma jurídica en que se plasmó han existido divergencias en cuanto a su valor jurídico.

Para el análisis del tema la doctrina distingue entre los efectos en el ámbito comunitario y en el derecho interno. Entre las posturas más críticas a la CEDSFT se cuenta la de GARCÍA HERRERA quien manifiesta sobre su vinculación al derecho comunitario que, por ser las declaraciones del Consejo Europeo actos no previstos, “la declaración no sería sino una opinión común referida al ámbito de la cooperación política”⁵⁶. A nivel estatal tampoco podría considerarse como una norma de derecho internacional, por “la falta de respeto a la forma y procedimientos constitucionales de determinación de la voluntad estatal”⁵⁷. Otra idea es defendida en cambio por LA MACCHIA, en cuya opinión con la adopción de la Carta se

⁵⁵ GARCÍA HERRERA, M., “Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, p.328.

⁵⁶ GARCÍA HERRERA, M., *op. cit.*, p.334.

⁵⁷ *Ibíd.*

establecen directrices vinculantes para las instituciones comunitarias y, sobre su aplicación en el derecho interno, afirma que tiene la naturaleza de un pacto interestatal que obliga a los estados miembros a respetar sus disposiciones⁵⁸.

Independientemente de los debates doctrinarios acerca de su valor jurídico, en nuestra opinión es evidente que la CEDSFT no ha servido para promover adecuadamente los derechos sociales en el plano comunitario. De hecho, aún cuando, algunos estiman que la Carta Comunitaria constituye un hito porque “lo social adquiere, en el ordenamiento comunitario, una relevancia propia autónoma de lo económico”⁵⁹, la mayoría de las opiniones evalúan que su impacto ha sido finalmente excesivamente modesto⁶⁰.

Esto, en primer lugar, porque en términos generales su contenido se encuentra por debajo de las normativas nacionales y de los convenios de la OIT, lo que ha producido el contrasentido de que muchas Directivas dirigidas al cumplimiento de disposiciones de la CEDSFT han exigido parámetros menores que los existentes en los Estados. Por otra parte, la Carta tampoco modifica el sistema de competencias, por lo cual la protección de los derechos humanos sociales sigue correspondiéndole a cada Estado. En último término, también está ausente la posibilidad de interponer recursos judiciales por parte de los ciudadanos para hacer valer los derechos que se contemplan.

En nuestra opinión todas esas críticas son fundadas ya que la Carta fue concebida esencialmente como una opción para resguardar niveles mínimos de respeto a los derechos sociales y no de hacer aportes de cara a la armonización de

⁵⁸ Cfr. LA MACCHIA, C., “La Carta Comunitaria dei Diritti Sociali”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Núm. 48, 1990, p.785.

⁵⁹ LA MACCHIA, CARMEN, *op. cit.* p.770.

⁶⁰ Cfr. ESPADA RAMOS, M., “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Núm. 35, 2001, pp.36-37; GARCÍA HERRERA, M., “Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.335-338; BLANPAIN, R.; HEPPLER, B.; SCIARRA, S.; y WEISS, M., *op. cit.*, pp.874-875.

las legislaciones de los países miembros con miras a la construcción de un espacio social europeo⁶¹.

Después de la Carta Comunitaria de 1989 Europa entró en una nueva etapa. En el año 1992, con el Tratado de Maastricht, se constituye la Unión Europea en un panorama en el que la dimensión económica está consolidada pero sigue quedando mucho por avanzar en los aspectos políticos y sociales⁶². Con el Tratado de Maastricht se muestra una mayor voluntad de avanzar en el reforzamiento de los derechos sociales. Ello se plasma principalmente en tres protocolos referidos al ámbito social: el N° 3 sobre el art. 119 del Tratado de la Comunidad Europea, el N° 4 sobre la política social y el N° 15 sobre la cohesión económica y social.

Destaca de forma especial el Protocolo sobre la política social que tuvo como finalidad la aplicación de las disposiciones de la CEDSFT. Su aprobación no contó con el Reino Unido e Irlanda del Norte a quienes el protocolo no se les aplica. Se estableció en dicho instrumento jurídico como objetivos de la Unión y de los Estados miembros, *“el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”*⁶³.

El Protocolo sobre la política social constituyó en su momento un avance al tratarse de una norma jurídicamente vinculante que obliga a cumplir con las obligaciones asumidas. Sin embargo, ha sido muy criticado que, con la negativa del Reino Unido e Irlanda del Norte a aceptar el Protocolo sobre la política social, se

⁶¹ De esta misma opinión es Santiago GONZÁLEZ que, además, critica la Carta Comunitaria porque no reconoce nuevos derechos y sus normas tienen un valor jurídico muy reducido. *Cfr.* GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.312-315.

⁶² *Cfr.* ESPADA RAMOS, M., *op. cit.*, p.37.

⁶³ Ar. 1 del Protocolo sobre la Política Social y Acuerdo sobre la Política Social, adoptado el 7 de febrero de 1992.

establecieran conscientemente en la Unión dos políticas diferentes en el ámbito social⁶⁴.

Posteriormente, con el Tratado de Ámsterdam de 1996, se subsanaría la situación anterior al ser asumido el protocolo sin exclusiones. Además, es relevante que al texto de este tratado se integran las disposiciones del Protocolo sobre la política social. Con ello se puede decir que, aun quedando tareas pendientes, finalmente se adopta a nivel comunitario –aunque de manera insuficiente- la idea de tener una política y un programa⁶⁵.

3.3.- La jurisprudencia del TJUE y su rol en la protección de los derechos humanos. Especial referencia a los derechos sociales

Existe unanimidad en reconocer que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE o “Tribunal de Luxemburgo”, por el lugar donde tiene su sede) ha jugado un rol fundamental como órgano encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad comunitaria y, que de tal manera, ha orientado en diversos ámbitos las políticas de la Unión⁶⁶. En lo referente a sus pronunciamientos sobre los derechos fundamentales los autores suelen distinguir diversas etapas⁶⁷.

La primera etapa estuvo caracterizada por la negación de parte del TJUE (en ese entonces denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o TJCE) de proteger los derechos fundamentales por no estar ellos regulados en los tratados

⁶⁴ Cfr. SIMITIS, S., “Fine o rinascita del Diritto del Lavoro. Il caso della Corte di Giustizia Europea”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Núm. 68, 1995, p.534.

⁶⁵ Cfr. GARCÍA HERRERA, M., “Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, p.349; ESPADA RAMOS, M., *op. cit.*, p.39-42.

⁶⁶ Cfr. ESPADA RAMOS, M., *op. cit.*, p.32; SIMITIS, S., *op. cit.*, p.521.

⁶⁷ Cfr. CHUECA SANCHO, A., “La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios”, en MATIA PORTILLA, F. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp.39-47.

comunitarios⁶⁸. En dicho período fue especialmente en Alemania donde se presentaron supuestos casos de vulneración de los derechos humanos contenidos en la Ley Fundamental de Bonn por parte de normativas comunitarias. En las sentencias del TJUE fueron rechazadas las demandas presentadas porque a su juicio no le correspondía aplicar el derecho interno de cada Estado, sino solamente la legislación comunitaria. El caso más citado en este contexto es Friedrich Storck y otros, en el que el TJUE se pronunció sobre una demanda que impugnaba una decisión de la CECA por vulnerar derechos garantizados en la Constitución alemana. El Tribunal, en aquel momento puso de relieve que su labor consiste en *“garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y de los reglamentos de ejecución, pero que no le corresponde pronunciarse acerca de las normas de los derechos internos nacionales”*⁶⁹.

Aun cuando puede no compartirse la jurisprudencia inicial del TJUE sobre derechos fundamentales, según algunos autores era difícil exigirle que formulara *“una declaración de derechos más allá del ámbito de las competencias naturales del derecho comunitario”*⁷⁰.

En un segundo momento, que comienza con sentencias de 1969 y termina a mediados de la década de los setenta, se dieron pasos más importantes en la protección de los derechos fundamentales. El TJUE, a pesar de que aún no se había legislado regulando los derechos fundamentales en el plano comunitario, reconoce su validez como principios generales del derecho⁷¹. Como sostiene PI LLORENS,

⁶⁸ Es de una opinión contraria Antonio BULTRINI, según el cual, aunque sea tímidamente, el TJUE abordó desde un principio cuestiones referentes a los derechos de los individuos. *Cfr.* BULTRINI, A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, Giapichelli Editore, 2004, pp.16-17.

⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Friedrich Storck y otros contra Comunidad Económica del Carbón y del Acero, causa 1/58, de 4 de febrero de 1959, párr. 4 a).

⁷⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Derecho y derechos en la Unión Europea”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, p.53.

⁷¹ *Vid.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Erich Stauder contra ciudad de Ulm-Sozialamt (cuestión prejudicial), causa 29/69, de 12 de noviembre de 1969, párr. 7.

“es comúnmente aceptado que los tratados comunitarios, además de contener la formulación de diversos principios generales, permiten al TJCE la formulación de principios que no están contemplados en su normativa”⁷².

Además, en esta etapa se asumen también los derechos humanos por ser parte de las tradiciones comunes de los Estados miembros de la Unión y se establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los países de la UE –en especial la CEDH- pueden dar indicaciones al Tribunal de Justicia⁷³. Haciendo específica referencia a los derechos sociales, el TJUE siguió manteniendo su indiferencia en este periodo, ya que lo esencial en los tratados de la unión era proceder a eliminar todos los obstáculos a la libre competencia⁷⁴.

Con posterioridad, se consolidó de manera creciente la intervención del TJUE en temas relativos a los derechos humanos. En base a los argumentos ya avanzados en la etapa anterior se fue elaborando una importante jurisprudencia en varias materias. Particular relevancia adquieren en los fundamentos de las sentencias las normas de los tratados sobre derechos humanos y, de modo especial las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Con ello se produce una expansión de las competencias del TJUE no exenta de críticas⁷⁵, siendo decisivas las palabras de

⁷² PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999, p.55.

⁷³ *Vid.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia J. Nold, Coleen y Baustoffgrosshandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas, causa 4/73, de 14 de mayo de 1974, párr. 13 y Sentencia Roland Rutili contra Ministre de l’Intérieur (cuestión prejudicial), causa 36/75, de 28 de octubre de 1975, párr. 32.

⁷⁴ *Cfr.* SIMTIS, S., *op. cit.*, p.523.

⁷⁵ Como afirma CORCUERA ATIENZA, el cambio jurisprudencial del TJUE “plantea dificultades, y despierta notables reticencias de alguna doctrina que ha denunciado la realización por parte del TJUE de un uso “ofensivo” de los derechos humanos por utilizarlos, primero, para defender la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional y, luego, para extender su jurisdicción hacia áreas previamente reservadas a los tribunales de los Estados miembros, y ampliar la influencia de la Comunidad sobre las actividades de aquéllos”. CORCUERA ATIENZA, J., “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.62-63.

SIMITIS, quien manifiesta que el Tribunal de Justicia no puede, además, detentar por mucho el papel de legislador o constituyente de reserva sin minar, llegando hasta a destruir, la propia credibilidad y la propia autoridad⁷⁶.

Volviendo nuevamente a los derechos económicos, sociales y culturales, señalaremos que es también en este periodo cuando se avanza de manera más firme en su protección. Esto ocurre especialmente en materias laborales, sobre todo en lo relativo al principio de la no-discriminación entre hombres y mujeres⁷⁷. La principal disposición en la que se fundamentó el Tribunal de Luxemburgo fue el art. 119 del Tratado de Roma, que establecía en su art. 119, párrafo 1, que “*Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*”. No obstante, ese precepto debe considerarse en el contexto más general de la prohibición de discriminar que es, desde los inicios de la UE, un pilar del derecho comunitario, ya que las discriminaciones producen distorsiones en la libre competencia y dificultan la existencia del “mercado único”⁷⁸.

El primer caso en el que el TJUE reconoció expresamente la aplicabilidad directa del art. 119 del Tratado CEE fue el asunto Gabrielle Defrenne. Este litigio tiene relevancia por el hecho que el TJUE, pronunciándose sobre la eliminación de las discriminaciones por razones de sexo, por primera vez consideró la igualdad de género como un derecho fundamental haciendo referencia a la Carta Social Europea y al Convenio 111 de la OIT⁷⁹. Sin embargo, el Tribunal señaló en la misma

⁷⁶ Cfr. SIMITIS, S., *op. cit.*, p.536.

⁷⁷ Cfr. ROCCELLA, M., “Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Núm. 81, 1999, pp.44-49; ESPADA RAMOS, M., *op. cit.*, p.33; SIMITIS, S., *op. cit.*, p.523 y 527-529.

⁷⁸ En este sentido, LÓPEZ GARRIDO afirma, en relación al mencionado art. 119, que dicha disposición “no fue incluida en el Tratado con una finalidad social, o con una finalidad garantizadora, sino con un objetivo netamente económico”. LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986, p.84.

⁷⁹ Cfr. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (cuestión prejudicial), causa 149/77, de 15 de junio de 1978, párr. 27 y 28.

sentencia que los arts. 117 y 118 que abordaban una serie de materias sociales tienen fundamentalmente un carácter programático⁸⁰.

En la década de los ochenta, la jurisprudencia en materia social va en aumento, estando siempre presente el tema de igualdad de trato entre las trabajadoras y trabajadores de la Unión, aunque no siempre el TJUE adopta resoluciones favorables a la equiparación de derechos⁸¹.

En otro ámbito, destaca en este periodo de tiempo el caso Jiménez Zaera de 29 de septiembre de 1987, en el que el Tribunal Central de Trabajo Español solicitó la adopción de una decisión prejudicial y se debatieron importantes cuestiones en relación a los arts. 2 y 117 del Tratado de la Comunidad Europea. En particular, el art. 2 establece diversos objetivos sociales y era importante la interpretación del TJUE acerca los posibles conflictos con otras disposiciones de la Unión y su eficacia jurídica. Respecto a lo primero, el Tribunal afirmó sobre los objetivos sociales que *“su realización debe ser el resultado del establecimiento del mercado común y de la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros”*⁸², concluyendo por tanto, que los objetivos de carácter social se someten a los de naturaleza económica y sólo pueden realizarse a través del desarrollo de estos últimos. En cuanto a la fuerza vinculante de los objetivos del art. 2, se refirió especialmente a la elevación acelerada del nivel de vida, señalando que no puede producir el efecto de crear obligaciones jurídicas a cargo de los Estados miembros ni derechos subjetivos en favor de los particulares⁸³. Lo mismo ocurre con los principios establecidos en el art. 117, que

⁸⁰ *Cfr.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (cuestión prejudicial), causa 149/77, de 15 de junio de 1978, párr. 19.

⁸¹ *Vid.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Bilka – Kaufhaus GMBH contra Karin Weber Von Hartz (cuestión prejudicial), causa 170/84, de 13 de mayo de 1986.

⁸² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Fernando Roberto Giménez Zaera contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (cuestión prejudicial), causa 126/86, de 29 de septiembre de 1987, párr. 10.

⁸³ *Cfr.*, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Fernando Roberto Giménez Zaera contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (cuestión prejudicial), causa 126/86, de 29 de septiembre de 1987, párr. 11.

son definidos por el TJUE como “*de carácter programático*”⁸⁴, lo que a su juicio no implica que carezcan de todo efecto jurídico porque constituyen elementos importantes, especialmente para la interpretación de otras disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado en el ámbito social⁸⁵.

En la década de los noventa, se vive una etapa contradictoria, propia de una Unión Europea que se plantea avanzar en ámbitos que exceden de lo estrictamente económico pero que no adopta todas las políticas para lograr ese fin. En el ámbito de los derechos civiles y políticos se van generando fricciones entre el TJUE y el TEDH. En primer lugar, el TJUE tuvo que pronunciarse sobre el tema ante la demanda persistente de los movimientos de derechos humanos y de gran parte de la doctrina especialista en derecho europeo, en cuanto a que la Unión se debía adherir a la Convención Europea de Derechos Humanos⁸⁶. El 28 de marzo de 1996, respondiendo a una solicitud del Consejo Europeo, el TJUE emitió su “dictamen sobre la adhesión de la Comunidad Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos”. En él se rechaza la adhesión a la CEDH fundamentándose la decisión en que “*ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de Derechos Humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito*”⁸⁷. Por otra parte, el TEDH fue interviniendo en algunas materias que podían considerarse de derecho comunitario, justificándose en que los Estados signatarios del CEDH no podían vulnerar sus normas, y siguen estando

⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Fernando Roberto Giménez Zaera contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (cuestión prejudicial), causa 126/86, de 29 de septiembre de 1987, párr. 14.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Existe numerosa literatura en que se aborda la problemática de la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre la que podemos mencionar: RIDEAU, J., “Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos”, en MATIA PORTILLA, F. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp.77-79; RODRÍGUEZ-VERGARA, A., “Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.99-118; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, pp.50-64.

⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Dictamen 2/94 sobre la adhesión de la Comunidad Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos, de 28 de marzo de 1996, párr. 27.

obligados a su cumplimiento no obstante transfieran competencias a la Unión Europea. Algunos de estos problemas posiblemente se podrán superar en el caso se ratifique la Constitución Europea y la Unión se adhiera finalmente al CEDH⁸⁸.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales se empieza a tener una actitud más decidida de parte del TJUE, especialmente después de la adopción del Protocolo sobre la política social por parte de la Unión Europea. En efecto, con dicha normativa se dictaron una serie de directivas sobre temas variados como: la protección de la maternidad y de los menores, los presupuestos del despido colectivo y las condiciones aplicables a la relación individual de trabajo, la participación de los trabajadores en la empresa, la negociación colectiva y la libertad de elección de trabajo. Este incremento de la legislación social de los órganos comunitarios ha significado en los últimos años un notable aumento de las decisiones del TJUE en áreas antes no exploradas, especialmente en el ámbito del derecho del trabajo.

Sin embargo, en diversas causas el TJUE siguió señalando la supremacía de los principios económicos y mercantiles por sobre las directrices de política social⁸⁹. También se vuelve a señalar que los derechos establecidos en el art. 117 son declaraciones programáticas y se hace de manera categórica en un asunto sobre *dumping social*, afirmando que los Estados miembros disponen en esas materias de una libertad decisoria que impide que se generen “*en favor de los justiciables, derechos que deban ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales*”⁹⁰.

⁸⁸ Como dice MANGAS MARTÍN, “La ansiada adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos se podrá alcanzar cuando entre en vigor el Tratado Constitucional”. MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005, p.222.

⁸⁹ *Vid.*, especialmente, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia República Helénica contra Comisión de las Comunidades Europeas (recurso de anulación), asunto C-385/92, de 14 de julio de 1994.

⁹⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Slogan Neptun Schiffahrts Ag contra Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Slogan Neptun Schiffahrts Ag (cuestión prejudicial), autos acumulados C-72/91 y C-73/91, de 17 de marzo de 1993, párr. 28.

Por último, nos parece pertinente realizar algunas consideraciones acerca de la jurisprudencia del TJUE en materia de seguridad social. Lo primero que debe decirse al respecto es que en la Unión, la regulación en este ámbito está dirigida básicamente a facilitar la libre circulación de los trabajadores comunitarios. Es que como dice MAESTRO BUELGA, “existe un derecho comunitario de la Seguridad Social, pero paradójicamente, no un derecho a la misma”⁹¹. No obstante, en algunas ocasiones el TJUE dictó resoluciones que extendieron la cobertura de las prestaciones sociales⁹², lo que tuvo repercusiones favorables especialmente para los trabajadores inmigrantes. Sin embargo, como muestra de la nula vocación comunitaria a consagrar un derecho subjetivo a la seguridad social, la Unión Europea reaccionó estableciendo normativa más restrictiva que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁹³.

3.4.- La Carta de Derechos Fundamentales: aciertos y problemas pendientes en materia de derechos sociales

3.4.1.- Algunas consideraciones acerca de los objetivos de la Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea

De acuerdo a las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia, celebrado el 3 y 4 de junio de 1999, la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) tenía como principal finalidad mejorar la “visibilidad” de los derechos humanos en la Unión Europea. De manera expresa, se planteó en dichas conclusiones que “la evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos

⁹¹ MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, p.404.

⁹² *Vid.*, por ejemplo, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Rita Frilli contra Bélgica (cuestión prejudicial), asunto 1/72, de 22 de junio de 1972.

⁹³ *Cfr.* MAESTRO BUELGA, G., *op. cit.*, pp.406-407.

fundamentales y su alcance”⁹⁴. Este objetivo, según parte importante de la doctrina, era en sí mismo de gran relevancia, ya que la Unión en sus varias décadas de existencia no había contemplado una lista completa y sistematizada de derechos. En opinión de otros, es difícil comprender cuál es la contribución que para ello puede tener una lista de derechos a los que no se le atribuyan efectos jurídicos sino solamente una función pedagógica hacia los ciudadanos⁹⁵.

En un sentido similar diversos autores plantearon en su momento la falta de utilidad de un nuevo catálogo de derechos que no conllevara aparejados los adecuados mecanismos para avanzar en la protección de los mismos. Incluso, según algunos sería posible sostener que consagrar nuevas listas de derechos solo contribuye a profundizar la falta de coherencia que tiene actualmente el sistema de protección de los derechos humanos a nivel europeo. Esta es la opinión expresada por el constitucionalista francés FAVOREAU, que al referirse a la CDFUE afirma que “estamos delante de un aumento de normas y catálogos, mientras ya hoy en día no es en absoluto fácil conciliar las diversas fuentes”⁹⁶.

Lo anterior se une a las críticas que se han realizado a la CDFUE al compararla con el CEDH que contempla formas de sanción jurídica para el caso que un individuo particular sometido a la jurisdicción de un Estado parte estime que se ha incumplido con el convenio⁹⁷. En el caso de la CDFUE es muy clara la inexistencia de esta posibilidad y la Comisión Europea lo reafirmó en su “Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la

⁹⁴ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia de los días 3 y 4 de junio de 1999, Anexo IV.

⁹⁵ RUBIO LLORENTE, F., “Una Carta de dudosa utilidad”, en MATIA PORTILLA, F. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp.195-201.

⁹⁶ Además, según este autor “la acumulación de catálogos y protecciones puede ser saludado de manera positiva por aquellos que piensan que mientras más existan normas y tutelas de los derechos fundamentales, más cierta es su protección (...) pero esta observación está lejos de ser realidad, en particular frente a los problemas que tales proliferaciones hacen emerger con claridad”. FAVOREAU, L., “I garanti dei diritti fondamentali europei”, en ZAGREBELSKY, G. (Coord.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, p.254.

⁹⁷ *Cfr.* SANZ CABALLERO, S., *op. cit.*, pp.83-85.

Unión Europea” manifestando que: “*hay que insistir en que la Carta no modificará los recursos ni el sistema jurisdiccional configurados por los Tratados ya que en su parte dispositiva no se prevé abrir nuevas vías de acceso a la jurisdicción comunitaria*”.⁹⁸

Ante estos cuestionamientos, en opinión de FAVOREAU la única posibilidad de que la CDFUE tenga utilidad está constituida por “la voluntad de someter los órganos comunitarios al respeto de los derechos fundamentales”⁹⁹. No obstante, a nuestro juicio, la adopción de la CDFUE es un paso adelante –aunque insuficiente- en la protección de los derechos sociales puesto que finalmente la Unión Europea establece una lista de derechos que contiene a esta clase de derechos.

3.4.2.- Reflexiones sobre la lista de derechos sociales consagrados en la CDFUE y en la Constitución Europea

Comenzamos el estudio de los derechos consagrados en la CDFUE destacando que en la Carta se intente romper con la acostumbrada dualidad entre las diversas clases de derechos. En efecto, como señalamos en los capítulos anteriores, la distinción entre los derechos civiles y políticos por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales por otro, ha estado en el origen de la existencia de declaraciones de derechos y tratados separados. Así, en el marco de Naciones Unidas, dicha distinción dio lugar a dos pactos distintos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por otra parte, en el plano europeo, al interior del Consejo de Europa, se adoptó para la protección de los derechos civiles el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y para resguardar los derechos sociales, la Carta Social Europea. En la CDFUE se termina con esta dualidad, consagrándose conjuntamente todos los derechos.

⁹⁸ Documento COM (2000) 644 final, de 11 de octubre de 2000, párr. 9.

⁹⁹ FAVOREAU, L., *Ibid.*, p.250.

Sin embargo, después de realizar un análisis más detallado se puede concluir que el establecimiento de manera conjunta de las diversas especies de derechos en la Carta no obsta a que su regulación en la práctica sea muy diferente. En primer lugar, debido a las remisiones que se efectúan en el caso de los derechos sociales a la “normativa comunitaria y a las legislaciones o costumbres nacionales”. Lo anterior implica en definitiva que la UE se abstuvo de establecer unos mínimos comunes tratándose de derechos sociales y dejándole al TJUE la tarea de aplicar en cada caso concreto la normativa de los distintos países.

En segundo lugar, se establece en el art. 51 de la CDFUE la distinción entre “derechos” y “principios”. Estos últimos corresponderían a los que vienen denominados en la Carta como “derechos de solidaridad”, en cuyo acápite se encuentran casi todos los derechos económicos, sociales y culturales. Acerca de este punto creemos que es útil citar al profesor RODRÍGUEZ BEREIJO, ex Presidente del Tribunal Constitucional de España y representante personal de la Presidencia del Gobierno en la Convención encargada de elaborar la CDFUE. Dicha autoridad insistió en la Convención en que se distinguiera “entre los que son ‘derechos subjetivos’ directamente ejercitables e invocables ante los Tribunales y ‘los derechos programáticos o normas de principio’ que vinculan en tanto informan la legislación y la práctica judicial y encauzan la actuación de los poderes públicos en cuanto principios inspiradores de la política social y económica”¹⁰⁰. Aun cuando en opinión de RODRÍGUEZ BEREIJO el hecho de que en la CDFUE algunas normas consagren principios y no auténticos derechos no implica una degradación normativa de los derechos sociales, las consecuencias no dejan de ser importantes dificultando su justiciabilidad¹⁰¹.

Desde otra perspectiva conviene aludir a la crítica que se le ha formulado a la CDFUE en relación con la ausencia de algunos derechos sociales. Nos referimos en

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea y la protección de los derechos humanos”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, p.33.

¹⁰¹ *Cfr.* ESPADA RAMOS, M., *op. cit.*, p.37.

especial al derecho al trabajo, al derecho a una justa remuneración y al derecho a la vivienda que no aparecen ni siquiera nombrados en la Carta. Respecto al derecho al trabajo, este se encuentra contemplado en la Carta Social Europea, mientras en la CDFUE se consagra solamente en el Título de las “libertades” el derecho de trabajar y de ejercer una profesión libremente elegida y aceptada¹⁰². En el caso del derecho a una justa remuneración, también este se encuentra en la Carta Social Europea y no es entendible su falta de regulación, sino por temores infundados de los miembros de la convención¹⁰³. Por último, en cuanto al derecho a la vivienda, su ausencia no es fácilmente explicable si consideramos que también dicho derecho se encuentra contenido en la Carta Social Europea y que además, en el marco del PIDESC, el Comité de DESC ha puesto especial énfasis en clarificar en dos Observaciones Generales las diversas situaciones en que este derecho es justiciable¹⁰⁴.

De todas maneras, no obstante lo recién expresado, debemos precisar que la CDFUE contiene también importantes novedades en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales que incorpora en relación a los establecidos en la CSE y en el PIDESC. Estamos pensando sobretodo en los arts. 37 y 38 de la Carta que regulan la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores. Con ello este nuevo texto jurídico se hace cargo de dos temáticas de importancia que, por lo demás, ya han sido objeto de diversas regulaciones por parte de la Unión Europea¹⁰⁵.

¹⁰² *Cfr.* Art. 15 de la CDFUE.

¹⁰³ Dicho temor habría sido según DE SCHUTTER la posibilidad de que se demandara la existencia de un salario mínimo europeo. Sin embargo, en sus palabras “la única uniformidad solicitada debe ser buscada en el grado de cohesión social demandado al interior de cada país”. DE SCHUTTER, O., “La garanzia dei diritti e principi fondamentali nella ‘Carta dei diritti fondamentali’”, en ZAGREBELSKY, G. (Coord.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, p.213.

¹⁰⁴ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 4 (1991), *El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, Ginebra, 13 de diciembre de 1991 y Observación general N° 7 (1997), *El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzados*, E/1998/22, Ginebra, 20 de mayo de 1997.

¹⁰⁵ En el ámbito de la protección del medio ambiente en el ordenamiento comunitario *Vid.* las siguientes Directivas dictadas antes de la CDFUE: la 75/440/ CEE del Consejo de 16 de junio de 1975; la 84//360/CEE del Consejo de 28 de junio de 1984; la 85/337/CEE del Consejo de 27 de junio de 1985; la 90/220/CEE del Consejo del 23 de abril de 1990; la 96/61 CE del Consejo del 24 de septiembre de 1996 y la 1999/31/CEE del Consejo del 26 de abril de 1999. Respecto, en

3.4.3.- La CDFUE y su incidencia en el sistema de competencias y en la colisión entre las políticas económicas y los derechos sociales

Existen dos cuestiones que han tenido incidencia en la situación de los derechos sociales y es oportuno determinar el impacto que pueda tener en ellas la CDFUE y, posiblemente en el futuro, el Tratado de Lisboa o otros Tratados que puedan adoptarse en el marco de la Unión. Me estoy refiriendo a las normas comunitarias que fijan las competencias de la Unión y a los posibles conflictos entre ciertos derechos y principios estrictamente económicos y los derechos de carácter social.

En cuanto al primer punto su relevancia es evidente pues, como bien se ha señalado, cualquier iniciativa comunitaria en materia de derechos fundamentales que no establezca las correspondientes competencias para su implementación se puede calificar de “ingenua o fraudulenta”¹⁰⁶. Como hemos visto con anterioridad, el hecho de que la Unión Europea por mucho tiempo no haya abordado temáticas relativas a derechos fundamentales se debió en gran medida a que esa materia no formaba parte de las competencias establecidas en los sucesivos tratados constitutivos. Con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea surge la interrogante sobre una posible expansión de las competencias comunitarias con miras a regular los derechos en ella contenidos y, de especial modo los derechos sociales, que por su naturaleza jurídica requieren de una actividad positiva para su cumplimiento.

La respuesta a esta cuestión es clara y se desprende del mismo texto del art. 51.2 de la CDFUE que dispone de manera categórica que “*la presente Carta no amplía*

cambio, a la protección de los consumidores entre las principales Directivas dictadas antes de la adopción de la CDFUE destacan: la 79/112/CEE del Consejo del 18 de diciembre de 1978; la 84/450/CEE del Consejo del 10 de septiembre de 1984; la 93/13/CEE del Consejo del 5 de abril de 1993 y la 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 25 de mayo de 1999.

¹⁰⁶ NINATTI, S., “Catalogo dei diritti e centralizzazione delle competenze nelle esperienze federali: uno sguardo oltreoceano”, en DE SIERVO (a cura di), *Il difficile costituzionalismo europeo*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp.145 y ss.

el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución”. Incluso la Comisión Europea estimó pertinente reforzar esta norma afirmando que “la Carta no puede ser el vehículo por el que se transfieran nuevas competencias a la Comunidad o nuevas tareas a la Unión”¹⁰⁷.

Acerca de los problemas que se podrían generar por la colisión entre los derechos sociales y los derechos más específicamente económicos, la situación es más complicada. La Unión Europea, que tenía en sus inicios la función de profundizar el libre mercado entre los Estados miembros, asumía como principios básicos de su ordenamiento jurídico, los derechos de libre competencia, el derecho de propiedad y en general todos aquellas prerrogativas que implicaban terminar con las barreras comerciales. En ocasiones, cuando estos derechos entraban en colisión con cualquier otro, se terminaba por hacerlos primar para perseguir el mercado único.

Paulatinamente el TJUE fue matizando su jurisprudencia mediante una interpretación de las disposiciones sobre libertades económicas en la que atribuía a las mismas una función social¹⁰⁸. Así se lograba equilibrar parcialmente la situación entre los valores en juego aunque se siga manteniendo la preponderancia de “lo económico y comercial” sobre “lo social”.

En base a ciertos elementos que nos proporciona el texto de la Carta podemos señalar que la no modificación de las competencias de la UE no entrega un panorama auspicioso ya que la normativa comunitaria en los temas económicos es la más abundante y ha constituido, como ya hemos manifestado, la parte fundamental del derecho comunitario desde sus inicios. En cambio, si bien en el orden social han existido progresos el desequilibrio en este aspecto es notorio.

¹⁰⁷ Documento COM (2000) 644 final, de 11 de octubre de 2000, párr. 9.

¹⁰⁸ Cfr. ESPADA RAMOS, M., *op. cit.*, p.33

En segundo lugar, causa preocupación la redacción del precepto de la CDFUE relativo al derecho de propiedad¹⁰⁹. En la Convención que elaboró la CDFUE se propuso que se consignara como límite al derecho de propiedad explícitamente la expresión “función social”, pero finalmente se optó por utilizar la noción de “interés general” como límite en el uso de los bienes¹¹⁰. A ello se agrega que, el uso de la expresión “cada individuo” tiene a todas luces un perfil marcadamente individualista, ya que no se plantea la posibilidad de que la propiedad pueda pertenecer al Estado, a comunidades de trabajadores o que se establezca cualquier otra forma colectiva de propiedad. Todo lo anterior es particularmente criticable si consideramos que la función social de la propiedad se encuentra contemplada en la gran mayoría de las constituciones de los Estados miembros de la Unión e, incluso, en los ordenamientos jurídicos que no tienen expresamente incorporada esta noción se establece igualmente una preponderancia de los intereses colectivos sobre los individuales en el ejercicio del derecho de propiedad.

Sin embargo hemos de constatar que se trata de cuestiones altamente controvertidas en las que será fundamental la función del TJUE a la hora de ponderar adecuadamente los conflictos que se susciten entre las políticas económicas y los derechos sociales. En algunas circunstancias el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección de los trabajadores puede convertirse en una de las razones imperativas de interés general que justifiquen una reglamentación estatal, aún cuando ésta represente un obstáculo en la libre prestación de servicios¹¹¹. Probablemente sería útil y muy conveniente una definición por parte de los órganos de la Unión en la que se estableciesen los parámetros mínimos de tutela de los derechos sociales consignados en la Carta. A la espera de ello, de momento seguirá siendo la jurisprudencia del TJUE la que defina estos complejos temas.

¹⁰⁹ El derecho de propiedad se encuentra consagrado en el art. 17.1 de la CDFUE.

¹¹⁰ *Cfr.* COMBA, M., “I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata”, en ZAGREBELSKY, G. (Coord.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, pp.161-164.

¹¹¹ *Cfr.* DE SCHUTTER, O., *op. cit.*, p.200.

3.5.- El Tratado de Lisboa: perspectivas de los derechos sociales después del frustrado Tratado Constitucional

La CDFUE recobró especial actualidad con motivo de la elaboración del Tratado de una Constitución para Europa, la llamada Constitución Europea. Se discutió largamente entonces si la Carta debía incorporarse o integrarse en ese Tratado constitucional, como finalmente se hizo al incorporarse su texto en el Título II.

Sin embargo, la Constitución Europea fue ratificada sólo por 19 de los 27 Estados miembros de la Unión Europea¹¹². En el periodo de ratificación, una de las críticas más frecuentes hacía el Tratado Constitucional fue que cosagraba un modelo de construcción europea contradictorio con la fórmula del Estado social¹¹³. En junio de 2007 los Gobiernos de los Estados, tras dos años debates acerca del curso que debía seguirse, decidieron abandonar formalmente el Tratado Constitucional y se comenzó un procedimiento de reforma que duró cuatro meses que desembocó en el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007.

Con el Tratado de Lisboa ya no se reemplazan los Tratados existentes por un solo tratado con categoría “constitucional”, sino se opta por introducir determinadas reformas en esos Tratados. La reforma modifica respectivamente el Tratado de la Unión Europea y el Tratado que establece la Comunidad Europea, que cambia de nombre para denominarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión. La nueva versión queda finalmente compuesta por el Tratado de Lisboa, 11 Protocolos anexos al TUE, al Tratado de Funcionamiento de la UE y, en su caso, al Tratado constitutivo de la CEEA, 2 Protocolos anexos al Tratado de Lisboa junto con unas tablas de correspondencias, 43 Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados, 7 Declaraciones relativas a Protocolos anexos y 15 Declaraciones

¹¹² En dos Estados (Francia y Holanda) el Tratado Constitucional fue rechazado por referéndum y en otros siete no alcanzó siquiera a ser sometido a ratificación.

¹¹³ *Vid.* DE CABO MARTÍN, C., “El Tratado Constitucional Europeo y el Constitucionalismo del Estado Social”, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 19, 2007, pp.203-208.

emitidas por diversos Estados Miembros. Claramente no se logra el fin buscado con el Tratado Constitucional de simplificar el entramado de normas de la Unión.

La ratificación del Tratado de Lisboa no ha estado exenta de dificultades pues en Irlanda, el único país en que se ha sometido a referéndum, el tratado fue en un primer momento rechazado y sólo después de un segundo intento el resultado fue de aprobación. Habiendo ya sido ratificado a través del procedimiento parlamentario en el resto de los países miembros de la Unión¹¹⁴ es poco probable que el Tratado de Lisboa no entre en vigencia como ocurrió con el Tratado Constitucional. Ello, en primer lugar porque, salvo Irlanda, se ha buscado evitar los riesgos que implica el procedimiento de ratificación por referéndum¹¹⁵ y, en segundo término, porque del Tratado de Lisboa se han excluido los aspectos más polémicos y delicados del Tratado Constitucional y se han establecido cláusulas para exceptuar la aplicación de partes del Tratado a aquellos Estados que más problemas podían tener en la ratificación (especialmente el Reino Unido y Polonia).

Respecto al valor de la CDFUE cabe señalar que el nuevo art. 6 TUE, relativo a los derechos fundamentales, prevé que la Unión reconozca los derechos, libertades y principios establecidos en la CDFUE, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Con esta decisión la CDFUE se encuentra devaluada respecto a lo que ocurría con el Tratado Constitucional pues no aparece en el articulado de los tratados constitutivo. No obstante, se puede sostener que la remisión que se realiza le atribuye un rango jurídico similar.

En materia de competencias sociales de la Unión, las reformas que introduce el Tratado de Lisboa en los Tratados de la Unión Europea y en el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) han reducido las escasas

¹¹⁴ En el caso de España el Tratado de Lisboa fue ratificado a través de la Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio de 2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007

¹¹⁵ En la República Checa y Polonia antes de ratificar el Tratado de Lisboa se ha estado hasta el momento a la espera del segundo referéndum irlandés que finalmente fue de aprobación.

novedades en materia de disposiciones sociales contenidas en la llamada Constitución Europea y sólo prevé cambios muy escasos en materia de política social como el reemplazo del título de “disposiciones sociales” por uno de “política social” y la introducción de un art. 152 para el reconocimiento del diálogo social y de la Cumbre Social tripartita. Por lo anterior, no nos parece que el Tratado constituya un avance significativo en la consagración de los derechos sociales dentro de la Unión¹¹⁶.

Por último, nos parece conveniente referirnos a algunas sentencias del TJUE pronunciadas en los últimos años pues reflejan las últimas ponderaciones que dicho tribunal ha realizado entre los derechos sociales y los derechos más asociados al libre mercado dentro de la Unión. Aludo especialmente a las sentencias *Laval*¹¹⁷ y *Viking*¹¹⁸.

El caso *Laval*, tuvo origen cuando una empresa letona de la construcción desplazó a 35 trabajadores a Suecia para realizar obras contratadas por su filial sueca Baltic para construir un centro escolar. La empresa se negó a aplicar a sus trabajadores desplazados las condiciones mínimas establecidas en el convenio colectivo de la construcción sueco. En el caso *Viking*, en cambio, una empresa finlandesa de transbordadores comenzó a operar en Finlandia con pabellón estonio o noruego para ahorrar costes salariales. La empresa fue denunciada por el sindicato de marinos finlandés al no querer cumplir el derecho laboral finlandés, los convenios colectivos y los acuerdos sindicales del país.

¹¹⁶ Otra opinión es la expresada por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO según el cual el status jurídico que El tratado de Lisboa concede a la CDFUE se traduce en una europeización de los derechos sociales y en el aseguramiento de un equilibrio entre las exigencias de los mercados y los objetivos sociales. *Cfr.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, Núm. 19, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Oct. 2007, Año XXIII, p.67.

¹¹⁷ *Cfr.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia *Laval*, causa 341/05, de 18 de diciembre de 2007.

¹¹⁸ *Cfr.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia *Viking*, causa 438/05, de 11 de diciembre de 2007.

En ambos casos, el TJUE realizó interpretaciones restrictivas sobre el ejercicio de acciones sindicales que tienen por objeto la protección de los derechos de los trabajadores en el ámbito comunitario y priorizó –especialmente en el caso *Viking*- las libertades económicas de circulación frente a los derechos fundamentales de negociación colectiva y de huelga. El TJUE estimó las acciones sindicales como medidas limitativas de la libertad fundamental de circulación sin considerar tampoco adecuadamente a nuestro juicio que esas acciones sindicales fueron ejercidas en defensa de los derechos laborales y en contra del *dumping* social.

En los dos casos se examinan la negociación colectiva y la huelga desde la perspectiva de un ordenamiento multinivel. Las sentencias parten de las premisas que las libertades económicas serían valores predominantes en el ordenamiento europeo mientras los derechos laborales colectivos lo serían sólo en los ordenamientos nacionales¹¹⁹. Lo más criticable es quizás el resultado de ese raciocinio: se legitima una relativa pérdida de autonomía de los derechos sociales fundamentales nacionales respecto a las libertades económicas comunitarias, que acabarían por ser límites externos a su ejercicio.

En este contexto se espera que, aunque el Tratado de Lisboa no se traducirá en un aumento de las competencias en materias sociales, su entrada en vigencia derive en otro tipo de balances por parte del TJUE, especialmente por el mayor valor jurídico que tendrá la CDFUE.

¹¹⁹ Precisamente ante este raciocinio se plantea por algunos la necesidad de ampliar las competencias comunitarias en materia de derechos sociales de modo que se pueda avanzar mayormente en una relación equilibrada entre las libertades económicas y los derechos sociales en el ámbito de la Unión Europea. *Cfr.* CARUSO, B., “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos *Laval y Viking*”, en *Relaciones Laborales*, Núm. 15, Sección Monografías, Agosto 2009, Año XXIV, pp.159-186.

CAPÍTULO IV
DERECHOS SOCIALES Y JUSTICIABILIDAD. ACERCA DE LOS
ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA EXIGIBILIDAD
JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES
SOCIALES

En muchos países la no realización de los derechos sociales se considera más una “fatalidad” que una verdadera vulneración de derechos esenciales del ser humano. A esto debe agregarse que en el ámbito de la teoría de los derechos humanos uno de los principales puntos de controversia sigue siendo la cuestión de si los derechos sociales son derechos propiamente tales o bien simplemente meras expectativas. La importancia práctica de asumir una u otra posición no es menor. Si se parte del supuesto que los derechos sociales son meras expectativas su existencia y regulación dependerán de la situación social y política existente en un cada país. En cambio, si se estima que los derechos sociales tienen eficacia jurídica como los demás derechos, deben asumirse obligatoriamente como punto de referencia jurídica para los distintos operadores del derecho. Las posiciones que han señalado que los derechos sociales en realidad son normas programáticas o meras aspiraciones han defendido su inexigibilidad ante los poderes públicos y en especial respecto de los tribunales de justicia.

En todo caso, los argumentos en favor de la falta de eficacia jurídica de los derechos sociales deben ser contextualizados en la evolución histórica de los derechos humanos, a la que ya hicimos referencia en el Capítulo I. Como vimos, en un comienzo la noción de derechos humanos comprendía solo a los derechos civiles y fue con posterioridad que se fueron agregando a su concepto los derechos políticos y, todavía después, los derechos sociales. El proceso de incorporación de estos últimos derechos a los textos constitucionales fue paulatino pero, especialmente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los países occidentales las constituciones contemplan enunciaciones más o menos extensas de

derechos económicos y sociales. En España, la Constitución de 1978 consagra múltiples derechos económicos, sociales y culturales que, si bien se encuentran dispersos en todo el Título I, están regulados especialmente en su Capítulo III.

Sin embargo, a pesar de los cambios señalados en el discurso de los derechos humanos y en los textos normativos, en la actualidad en muchos lugares hablar de derechos humanos es casi sinónimo de derechos civiles y en cierta medida de derechos políticos pero no de derechos sociales. Eso se debe, a nuestro juicio, por un lado a la resistencia de algunos sectores a incorporar los cambios producidos en la noción de derechos humanos y, por otro, a la existencia de algunos prejuicios sobre los derechos sociales que persisten hasta el día de hoy¹. A continuación abordaremos los principales argumentos de las posiciones que sostienen que los derechos sociales no pueden ser eficaces jurídicamente, intentaremos refutar esos argumentos y *defenderemos la primera tesis que hemos sostenido en este trabajo, esto es, que se trata de derechos plenamente exigibles*.

1.- Los derechos sociales no son auténticos derechos subjetivos y responden a fines colectivos

En primer lugar, se ha señalado por algunos que la estructura de los derechos sociales no permite encuadrarlos como derechos subjetivos. Este ha sido en especial un planteamiento formulado por el economista austriaco HAYEK, uno de los más acérrimos opositores a la idea de los derechos sociales como derechos jurídicamente exigibles. Su principal fundamento ha sido que, mientras los “derechos individuales” pueden ser exigidos a personas u organizaciones determinadas, los derechos sociales tendrían como sujeto pasivo a un difuso concepto de sociedad². Se enfatiza de esta forma la existencia de supuesto problema de determinación del sujeto pasivo en el caso de los derechos sociales. Por ese motivo, los derechos sociales no tendrían el

¹ Se refieren expresamente a la existencia de prejuicios sobre los derechos sociales: LUCIANI, M., “Sui diritti sociali”, en ROMBOLI, R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali alle Corti Costituzionali*, G. Giapichelli, Torino, 1994, p.80 y PISARELLO, G., *op. cit.*, p.59.

² Cfr. HAYEK, F., *op. cit.*, pp.175-176.

carácter de derechos sino más bien la naturaleza de simples aspiraciones, posibilidades o idealidades cuya satisfacción, por tanto, no resulta exigible. Este autor comparte con KELSEN la posición de que un derecho que no tiene la correspondiente protección jurídica no lo es en sentido estricto y llega a afirmar que referirse a meras aspiraciones sociales como “derechos” degrada el verdadero contenido de este concepto³. Recordemos que para KELSEN “la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación”⁴.

En un sentido similar se expresa ATRIA, afirmando que si se hace referencia a la idea de derecho subjetivo “la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos” y si ello se quiere evitar “debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos”⁵. En opinión de ATRIA, esta contradicción sería tan fuerte como la de “soltero-casado” pues se estaría expresando como derechos a fines colectivos que, precisamente, descansan en una idea comunitaria y no en fines esencialmente individuales como en el caso de los clásicos derechos civiles que desde su origen fueron concebidos como derechos en contra de la comunidad⁶.

Lo anterior concuerda también con la visión de quienes sostienen los derechos sociales tendrían una naturaleza diferente pues, aludiendo a su sujeto activo, serían “derechos colectivos”⁷. Este apelativo se debería a que se trataría de “derechos de grupos” o que tutelan intereses colectivos mientras la expresión

³ Cfr. HAYEK, F., *op. cit.*, p.180.

⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005, p.148.

⁵ ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, Núm. 4, Año 2004, p.15.

⁶ Cfr. ATRIA, F., *op. cit.* p.40.

⁷ Por ejemplo, para GURVITCH los derechos sociales son “derechos de participación de los grupos y los individuos que se desprenden de su integración en conjuntos y que garantizan el carácter democrático de estos últimos”. GURVITCH, G., *La Déclaration des droits sociaux*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1946, p.79.

“derechos individuales” quedaría sólo para los derechos civiles y políticos⁸. Un importante exponente de esta concepción es HABERMAS, quien ha manifestado que los derechos sociales son bienes colectivos y no auténticos derechos subjetivos⁹.

En nuestro caso, no compartimos la afirmación de que los derechos sociales son derechos de titularidad colectiva y por lo tanto no ocuparemos esa denominación. A nuestro juicio los derechos humanos sólo pueden tener como sujetos activos a personas individuales, sean estas naturales o jurídicas¹⁰. Creemos que es necesario distinguir entre la titularidad de los derechos y su ejercicio¹¹. Si bien pueden existir derechos sociales que requieren ser ejercidos en forma colectiva, como por ejemplo el derecho a la huelga, otra cuestión es su titularidad: ésta sólo le corresponde a los miembros del grupo¹². Además, no sólo el ejercicio de determinados derechos sociales puede corresponder a asociaciones o colectividades ya que muchos derechos civiles también se reconocen a entidades o grupos de individuos para la defensa de intereses comunes o difusos¹³ y la jurisprudencia constitucional ha conocido múltiples causas de este tipo¹⁴.

⁸ Cfr. PERGOLESI, F., *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 1953, pp.34 y ss.

⁹ Cfr. HABERMAS, J., *op. cit.*, p.190.

¹⁰ Según CONTRERAS PELÁEZ, “sólo en sentido metafórico puede hablarse de las necesidades de un pueblo, de un país o de una clase: ‘el hambre de Somalia’ se resuelve en siete millones de (espantosas) hambres individuales”. CONTRERAS PELÁEZ, F., *Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, p.31. En este mismo sentido Vid. PÉREZ LUÑO, A., “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en ANSUÁTEGUI, F. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, p.262.

¹¹ A nuestro juicio PRIETO SANCHÍS confunde el ejercicio y la titularidad de los derechos, al afirmar que “junto a los derechos de titular exclusivamente individual y de titular indiferenciado es importante referirse a los derechos que son por naturaleza colectivos, es decir, aquellos cuyo ejercicio sólo tiene sentido cuando se realiza por un grupo de personas. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990, p.123.

¹² Vid., en los mismos términos, REY PÉREZ, J., “La naturaleza de los derechos sociales”, en *Derechos y Libertades*, Núm. 16, Época II, enero 2007, p.150.

¹³ Cfr. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales.”, en ANSUÁTEGUI, F. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, p.196.

¹⁴ Respecto a las acciones colectivas planteadas para la realización de derechos civiles destaca el caso *Verbitsky*, en el cual la Corte Suprema dio lugar a un habeas corpus colectivo presentado en representación de aproximadamente seis mil detenidos en comisarías de Buenos Aires y dictaminó la adopción de diversas medidas con el fin de cumplir con los estándares establecidos en disposiciones constitucionales y e tratados internacionales de derechos humanos. Cfr. Corte

Ante esta noción tradicional de derecho subjetivo cabe hacer un primer alcance. La justiciabilidad de los derechos subjetivos es una cuestión de grado. Por lo mismo, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos todos los derechos –y no sólo los derechos económicos, sociales y culturales como señalan algunos- tienen una realización progresiva.

En el caso de los derechos sociales existen como mínimo ciertas obligaciones establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional comparada que, en caso que no sean cumplidas, permiten recurrir ante los órganos jurisdiccionales. Nos referimos a:

- el respeto al contenido mínimo esencial;
- el principio de no regresividad;
- el principio de no discriminación.

Además, existen otros mecanismos y estrategias que se han utilizado para exigir el cumplimiento del respeto de los derechos sociales como son: la utilización de la cláusula del Estado social y de otros principios constitucionales; la defensa del principio de progresividad y la justiciabilidad indirecta a través de la tutela judicial efectiva o de derechos civiles y políticos que tengan una conexión con algún derecho social¹⁵.

Por último, a lo anteriormente expresado debemos agregar que actualmente se conceptualizan a los derechos de manera más compleja, dejando atrás la noción kelseniana que los concibe como meros poderes que permiten exigir el

Suprema de la Nación, Argentina: Verbitsky Horacio s/ habeas corpus, V. 856. XXXVIII, 3 de mayo de 2005.

¹⁵ Todas estas formas de justiciabilidad serán estudiadas en el último capítulo apoyándonos en jurisprudencia constitucional española y comparada.

cumplimiento de una obligación jurídica ante los órganos jurisdiccionales¹⁶. Esta idea será desarrollada en el punto siguiente.

2.- Los derechos sociales son “derechos positivos”

Es muy común en la doctrina jurídica la afirmación de que el elemento esencialmente diferenciador entre los derechos civiles y los derechos sociales es que los primeros tendrían como contrapartida obligaciones negativas o de no hacer mientras a los segundos corresponderían obligaciones positivas o de hacer¹⁷. Según ese planteamiento, el Estado está impedido de matar a alguien, de vulnerar el derecho de propiedad o de negar injustificadamente el derecho a sufragio. Respecto a los derechos sociales la situación sería distinta. En el caso, por ejemplo, del derecho a la salud o del derecho a la educación, éstos se traducirían en la práctica en obligaciones positivas o de hacer del Estado hacia los individuos. De acuerdo a esa misma visión solo serían exigibles jurídicamente las abstenciones y, por tanto, los derechos civiles y políticos.

A nuestro juicio, nuevamente esas posiciones deben enmarcarse en el contexto histórico en el que tuvieron origen las dos clases de derechos que estamos tratando. Las constituciones de las primeras versiones del Estado liberal de Derecho reconocían los derechos civiles y requerirían para su realización de la abstención del Estado. En el caso de los derechos económicos y sociales, en cambio, su origen está vinculado con la necesidad de disminuir las desigualdades existentes y de asegurar a todas las personas condiciones mínimas de vida, de lo cual se desprende que para asegurar esos derechos el Estado debe realizar acciones positivas.

¹⁶ *Vid.*, en especial, HOHFELD, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1964.

¹⁷ Defiende esta posición en la doctrina alemana: BÖCKENFÖRDE, E., *op. cit.*, pp.76-78. En el caso de los juristas italiano, aunque sosteniendo su igual valor como derechos fundamentales, este planteamiento es formulado por PRINCIPATO, L., “I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año 46, Núm. 2, marzo-abril 2001, p.890.

Sin embargo, al día de hoy la simple distinción entre derechos negativos y positivos ha perdido vigencia. Después de un mínimo estudio de los dos tipos de derechos se puede concluir fácilmente que los derechos civiles no implican solamente obligaciones negativas y los derechos sociales no se manifiestan sólo como obligaciones positivas o de hacer¹⁸.

Así, siendo más precisos, de lo que más propiamente cabría hablar en el caso de los derechos civiles y políticos es que las obligaciones principales por parte del Estado son obligaciones de no hacer pero sin descuidar que también existen obligaciones secundarias o complementarias que se traducen en obligaciones positivas o de hacer. De esta manera, el derecho político al sufragio no sólo requiere que el Estado no imposibilite a los ciudadanos la posibilidad de expresar su posición política a través del voto (obligación principal negativa) sino que implica que el Estado debe cumplir con establecer y regular un sistema electoral que cumpla con la finalidad de que las elecciones se realicen en condiciones de igualdad y transparencia (obligaciones secundaria positivas). Otro ejemplo es el de las obligaciones estatales de no matar o no torturar (obligaciones principales negativas) ya que el Estado tiene también la obligación de establecer sistemas policiales y judiciales eficientes que contribuyan a evitar que esos delitos se produzcan y a reparar las consecuencias de un eventual incumplimiento de las obligaciones de no afectar la vida humana y la integridad física (obligaciones secundarias positivas).

Hay importante jurisprudencia constitucional en diversos países que ha afirmado con claridad esta idea. Destaca, especialmente, una sentencia de la Corte

¹⁸ De esta opinión es CASCAJO CASTRO, para quien "(...) hoy no parece tan clara la supuesta separación entre sendas clases o tipos de derechos fundamentales. El carácter prestacional o participativo también puede ser un atributo de algunos de los llamados derechos clásicos de libertad individual. Por el contrario, este último elemento de defensa e iniciativa particular puede acompañar al sujeto titular de un derecho social, para percibir las oportunidades y prestaciones que un determinado sistema social le proporciona". CASCAJO CASTRO, J., *op. cit.*, p.72. *Vid.* en el mismo sentido: LUCIANI, M., *op. cit.*, pp.96-97; AÑON ROIG, M. y GARCÍA AÑON, J. (Coords.), *op. cit.*, pp.61-62; ONIDA, V., "Eguaglianza e diritti sociali", en *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, CEDAM, 2001, p.102; CARBONELL, M., *op. cit.*, p.56.

Constitucional colombiana que nos parece importante transcribir por la lucidez de su argumentación:

“El carácter prestacional de las libertades surge de la dimensión positiva de éstas. Tradicionalmente la doctrina identificaba las libertades básicas con derechos negativos o de abstención. El Estado sólo estaba obligado a no impedir el goce y ejercicio de las libertades de la persona, sin que fuera concebible hablar de una dimensión prestacional de las libertades. No obstante, actualmente se reconoce que incluso las libertades más clásicas como el derecho a la libre locomoción o a la libre expresión presuponen prestaciones materiales que hacen posible su ejercicio. En las sociedades modernas, donde el uso de la libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas -servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc.- y donde la seguridad personal cuesta, no es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas. Por el contrario, la infraestructura necesaria para hacer posible el ejercicio de las libertades fundamentales, los derechos de defensa y debido proceso o los derechos políticos, requiere de grandes erogaciones económicas y de la actuación permanente y coordinada por parte del Estado. La fuerza pública, la administración de justicia y la organización electoral, aunque parezcan obvias en un Estado de derecho, constituyen la dimensión prestacional de las libertades básicas”¹⁹.

Respecto de los derechos sociales ocurre algo similar ya que éstos no se traducen solamente para el Estado en obligaciones positivas sino que implican en muchas hipótesis obligaciones negativas²⁰. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la salud, respecto al cual el Estado no tiene solamente la obligación de prestar una adecuada atención de salud a los ciudadanos (obligación principal positiva) sino que también tiene el deber de no afectar este derecho en sus diversos aspectos mediante cualquier conducta que pudiera implicar prácticas nocivas a la salud (obligación secundaria negativa).

En este cuadro, algunos han puesto el énfasis en que la mayor parte de las veces los derechos sociales exigen para su cumplimiento la realización de obligaciones principales positivas para el Estado. Así lo manifiesta claramente CONTRERAS PELÁEZ, cuando al admitir la posibilidad de que los derechos civiles también implican obligaciones positivas, señala que existiría de todas formas una diferencia sustancial ya que “para los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido

¹⁹ Corte Constitucional, Colombia: T-595 de 2002, de 1 de agosto de 2002, considerando y fundamento jurídico 5.1.

²⁰ Cfr. LUCAS VERDÚ, P., *Teoría general de las relaciones constitucionales*, Madrid, Dykinson, 2000, p.148.

esencial del derecho: en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado: la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”²¹. No obstante, insistimos en que ello sólo puede significar que las acciones positivas estatales cumplen un rol “principal”, pero que otras omisiones “secundarias” son también relevantes para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

Entre los juristas italianos, algunos se han referido a los derechos sociales que exigen el cumplimiento de obligaciones principales negativas como “derechos sociales originarios o incondicionados”²². Estos derechos se caracterizarían por no requerir para su cumplimiento de servicios que entreguen prestaciones²³, a diferencia de los derechos sociales que obligan al cumplimiento de acciones positivas principales y vienen denominados “derechos sociales derivados o condicionados”.

Otros, como LUCIANI, han señalado que no cabe hablar de derechos positivos y derechos negativos y han planteado otro tipo de clasificación de los derechos, según la cual los derechos fundamentales se podrían catalogar en cuatro grupos diferentes: los derechos de defensa, los derechos de prestación, los derechos de participación y los derechos a percibir parte de una utilidad social. En conformidad a este planteamiento todos los derechos, dependiendo de la perspectiva con los que se los analiza, podrían ser agrupados en una de estas cuatro categorías de derechos²⁴.

De manera similar, es conocida la clasificación elaborada por ALEXY en la que divide los derechos en fundamentales en libertades, competencias y derechos a

²¹ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, p.21.

²² *Cfr.* BALDASSARRE, A., “Diritti sociali”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, pp.28-32; SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, p.14.

²³ En nuestro caso creemos que estos derechos también necesitan de esas prestaciones, pero como forma de obligaciones positivas secundarias.

²⁴ *Cfr.* LUCIANI, M., *op. cit.*, p.96.

algo. De manera extremadamente resumida podemos recordar que las libertades constituirían alternativas de acción, posibilidades para hacer algo denominadas “libertades negativas”. Las competencias, en cambio, son facultades que amplían la libertad jurídica del ciudadano. Por último, los derechos a algo se subdividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas. Los derechos de defensa consisten en derechos a que no se obstaculicen determinadas acciones, no se afecten determinadas situaciones o no eliminen determinadas posiciones jurídicas del ciudadano. Los derechos de acciones positivas se sub clasifican a su vez entre derechos de protección, derechos a organización y procedimiento, y derechos a prestaciones en sentido estricto. Estos últimos son los que tienen como objeto una acción fáctica y son para ALEXY los derechos sociales fundamentales²⁵.

En España, LAPORTA ha afirmado que todos los derechos son como “microcosmos”, compuestos tanto por derechos de libertad como por derechos de prestación²⁶. Según este raciocinio en cada derecho se puede encuadrar sub-derechos pertenecientes a diversas categorías con estructuras jurídicas diferentes y, en definitiva, los derechos civiles y políticos, por un lado y los sociales, por otro, no tendrían una naturaleza jurídica distinta²⁷.

En esta línea de descartar que los derechos civiles se asimilen en forma absoluta a obligaciones de no hacer y los derechos sociales a las de hacer, ASBJORN EIDE propone un esquema que engloba ambas clases de derechos de manera conjunta²⁸. De acuerdo a su esquema, más que la simple distinción entre obligaciones negativas y positivas, cada derecho tendría diferentes niveles de protección.

²⁵ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp.186-245.

²⁶ LAPORTA agrega también los derechos a status legales y los derechos bienes públicos. Cfr. LAPORTA, F., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p.321.

²⁷ *Ibid.*, p.301.

²⁸ Cfr. EIDE, A., *op. cit.*, pp.36-38.

Así, existirían en primer lugar, obligaciones de respetar, que se caracterizarían por el deber del Estado de no impedir el ejercicio de un derecho a los individuos. En un segundo nivel existirían obligaciones de proteger, las que implicarían evitar que terceras personas afecten o impidan el ejercicio de los derechos protegidos. Por último, existiría un tercer nivel constituido por las obligaciones de asistencia y satisfacción²⁹. En virtud de ellas, el Estado estaría obligado a garantizar el ejercicio del derecho en cuestión a quienes no puedan hacerlo por sí mismos. El esquema descrito se aplicaría tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, pero en este trabajo nos interesa analizar especialmente cuál es su aplicación en el caso de estos últimos.

El primer nivel de obligaciones que asumiría el Estado en relación a los derechos sociales parte del supuesto que son los individuos los primeros que deben satisfacer sus propios derechos. Esta idea encuentra respaldo en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo que identifica al individuo como el sujeto activo de todo desarrollo económico y social al señalar que “*la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo*”³⁰. Por lo tanto, sería siempre el sujeto particular el que en un primer lugar debe procurar, con sus propios medios, ejercitar sus derechos sociales. La importancia del rol de los individuos en la realización de sus propios derechos sociales ha sido especialmente desarrollada por la corriente del “pluralismo jurídico”, cuyo exponente principal es Georges GURVITCH. Este autor ha sostenido una postura antiestatalista que plantea fundamentalmente que el Estado no es el único ente capaz de crear derecho ya que también lo pueden hacer los grupos de individuos organizados en una pluralidad de asociaciones que varían dependiendo de los distintos ámbitos sociales y que deben ejercer en primer lugar sus derechos sociales³¹.

²⁹ Hicimos referencia en el capítulo II a los niveles de obligaciones, aunque con un matiz: en el esquema de EIDE el tercer nivel está constituido por “obligaciones de asistencia y satisfacción”, mientras en el caso del Comité de DESC se habla de “obligaciones de cumplir” los derechos.

³⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Declaración sobre Derecho al Desarrollo*, Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, art. 2.1.

³¹ *Cfr.* GURVITCH, G., *op. cit.*, p.79; BOBBIO, N., “Gurvitch y los derechos sociales”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp.30 y 34.

Este tipo de obligaciones estatales adquieren, en opinión de GOMES CANOTILHO, siempre mayor importancia en base al principio de subsidiaridad presente en muchas economías y ordenamientos jurídicos³². Dicho autor portugués se refiere en especial al fenómeno de las “autoayudas sociales”: grupos de personas que se organizan para enfrentar conjuntamente alguna problemática socioeconómica que les afecta directamente³³.

Un ejemplo de las obligaciones estatales de “respetar” los DESC es la de no afectar el derecho a la salud a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes. En efecto, una violación del derecho a un medio ambiente libre de contaminación por parte de funcionarios públicos puede ser sancionada de la misma forma que en los más tradicionales derechos civiles. Siempre en el ámbito del derecho a la salud, podemos citar también lo señalado por la Corte Constitucional italiana en el sentido que se puede afectar el derecho a la salud cuando el legislador establece tratamientos de vacunación obligatorios sin contemplar justas indemnizaciones para el caso que dichos tratamientos produzcan daños irreversibles a las personas³⁴.

Otro caso estaría dado por la afectación del derecho a la vivienda en caso de ordenarse el desalojo de grupos de personas que no tienen recursos económicos sin entregarles otra solución habitacional. Esta es otra situación en la cual los sujetos individuales se encuentran gozando de un derecho social y el Estado tiene primordialmente un deber de “respetar” el ejercicio de ese derecho. Sobre los desahucios forzados el pronunciamiento del Comité de DESC han sido categórico: “el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie*

³² Cfr. CANOTILHO GÓMES, J., “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y Libertades*, Año III, febrero 1998, Núm. 6, pp.48-49.

³³ CANOTILHO menciona algunos ejemplos de estos grupos: “‘Alcohólicos anónimos’, ‘Autoayuda a los ciudadanos con SIDA’, ‘Sociedad de auxilio a los afectados por esclerosis múltiple’, ‘Liga reumática’, ‘Comunidad terapéutica de auxilio a los drogodependientes’”. *Ibid.*, p.48

³⁴ Cfr. Corte Costituzionale, Italia: sentencia 307/1990, de 14 de junio.

incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del Derecho Internacional”³⁵.

El segundo nivel de obligaciones serían las de proteger. Ellas exigirían la tutela por parte del Estado de la libertad de los individuos de ejercer sus derechos con sus propios recursos sin ser afectados por terceras personas. Este nivel de obligaciones tiene relación con el deber de los individuos particulares de respetar los derechos humanos, en lo se ha llamado por la doctrina “efecto terciario” o “Drittwirkung”³⁶. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales existen varios pasajes que hacen referencia a la posibilidad que sean los sujetos individuales los que afecten los derechos contenidos en su texto³⁷. Este nivel de obligaciones estatales tiene especial relevancia en el ámbito de las relaciones laborales ya que el Derecho del Trabajo interviene, fundamentalmente, en relaciones entre privados³⁸. Además, con el creciente proceso de globalización económica el efecto horizontal de los derechos humanos tiene cada vez más relevancia ya que se reconoce que las empresas transnacionales pueden violar los derechos humanos, inclusive más que los mismos gobiernos. Ha sido en este nuevo contexto que, en el año 2003, se adoptaron en el marco de las Naciones Unidas las “Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos”. Esta declaración ha sido suscrita de manera voluntaria por empresas de todos los países y tiene especial

³⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 4 (1991), *El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, Ginebra, 13 de diciembre de 1991, párr. 18. Del mismo órgano de las Naciones Unidas *Vid.*, también, Observación general N° 7 (1997), *El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzados*, E/1998/22, Ginebra, 20 de mayo de 1997, párr. 1 y 13-16.

³⁶ Sobre la “*Drittwirkung*” o efecto horizontal de los derechos humanos *Vid.* ALEXY, ROBERT, *op. cit.*, pp.506-524 y GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, 149 pp.

³⁷ Así lo hace, por ejemplo, el art. 5 el cual señala que “*ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo, individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él*”.

³⁸ *Cfr.* CASCAJO CASTRO, J., *op. cit.*, p.68.

importancia en el ámbito de los derechos sociales por sus exigencias en materia de derechos laborales y de protección al medio ambiente.

En el caso de las obligaciones de asistencia y satisfacción, correspondientes al tercer nivel del esquema de EIDE, ellas requieren para su cumplimiento un rol más activo por parte del Estado. Sin embargo, de la necesidad de adoptar medidas no se desprende que ellas se traduzcan exclusivamente en desembolsos de recursos económicos. Esas medidas pueden ser, por ejemplo, la adopción de leyes protectoras de los derechos laborales o la regulación de un servicio público, sea éste administrado por el Estado o por privados³⁹.

De esta forma, todos los derechos fundamentales deben ser considerados como un todo, constituido por un haz de obligaciones y posiciones diversas que no pueden ser vistos en forma unívoca⁴⁰.

Todo lo anterior tiene sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el caso del PIDESC el esquema explicado ha sido asumido, con pequeñas variaciones, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su interpretación de los preceptos del Pacto⁴¹. Respecto al PIDCP, los Estados se obligan no solamente a “respetar” los derechos consagrados en el Pacto, sino también a “garantizar” dichos derechos⁴². Ello implica que los Estados deben

³⁹ Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *op. cit.*, pp. 33-37.

⁴⁰ Comparte esta posición, entre otros, AÑON ROIG, M., “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, pp.27-30.

⁴¹ Aunque la existencia de tres niveles de obligaciones respecto de los DESC ha sido reconocida en diversas observaciones generales, *Vid.*, especialmente, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 12 (1999), *El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra, 12 de mayo de 1999, párr. 15 y Observación general N° 16 (2005), *La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2005/4, Ginebra, 11 de agosto de 2005, párr. 17.

⁴² “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social”, art. 2.1. del PIDCP. Respecto al contenido del PIDESC y de los demás tratados de derechos humanos, así como del estado de las

realizar acciones positivas que permitan a las personas sujetas a su jurisdicción el disfrute de los derechos civiles y políticos, lo que tiene respaldo tanto en las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos⁴³ como en las denuncias sometidas a su conocimiento, pronunciándose reiteradamente sobre violaciones a los derechos del Pacto cuando los Estados no han adoptado las correspondientes medidas que aseguren esos derechos⁴⁴.

3.- Relación de tensión entre los derechos sociales y los derechos civiles

Una segunda afirmación muy común con la que discrepamos y que está muy relacionada con la anterior es que las diferencias en las estructuras entre los derechos civiles y los derechos sociales derivarían en una “relación de tensión” entre ambos tipos de derechos debido al diferente rol que le cabe al Estado en su protección⁴⁵.

Esas perspectivas señalan que, al procurar la realización de ambas clases de derechos, en la práctica se le estaría exigiendo al Estado un rol principalmente abstencionista para que cumpla sus obligaciones en el caso de los derechos civiles mientras tendría que desempeñar un papel principalmente activo e incluso intervencionista para dar efectivo cumplimiento a los derechos sociales. Esto llevaría a que, siendo contrapuestas las estructuras jurídicas de las obligaciones derivadas de ambas clases de derechos, el papel que le cabe al Estado para garantizarlos sería

ratificaciones en este trabajo seguiremos la siguiente pagina web oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [<http://www.ohchr.org>].

⁴³ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Observación general N° 3, *Aplicación del Pacto a nivel nacional (artículo 2)*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 140 (1981), Ginebra, 19 de julio de 1981, párr. 1.

⁴⁴ Destaca especialmente el caso Delgado Páez contra Colombia, en el que un profesor huyó de su país debido a amenazas de muerte y a juicio del Comité el Estado de Colombia no adoptó las medidas necesarias para asegurar su derecho a la seguridad personal. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Conclusiones sobre la comunicación N° 195/1985, W. Delgado Páez contra Colombia, CCPR/C/39/D/195/1985, 23 de agosto de 1990, en especial párr. 5.5 y 5.6. Sobre este y otros casos en que el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la violación de asegurar los derechos del PIDCP, *Ver* NOWAK, M., *op. cit.*, pp.161-165 y 171-173.

⁴⁵ Cfr. BOBBIO, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p.59.

diametralmente opuesto y se produciría una difícil coexistencia entre ellos⁴⁶. Se produciría así una relación conflictiva en la que inevitablemente los derechos sociales quedan en una relación de subordinación y adquirirían el valor de normas programáticas⁴⁷.

Esta idea de colisión de derechos se basa en argumentos de diverso tipo. En primer lugar, es concordante con la noción de generaciones de derechos descrita con antelación. En efecto, según VASAK “mientras los derechos de la primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad”⁴⁸. En definitiva, para VASAK las diversas generaciones de derechos representarían una triada de valores diferentes: la libertad, en el caso de la primera, la igualdad en el caso de la segunda, y la solidaridad para los derechos de tercera generación.

Esta forma de interpretar la evolución de los derechos humanos ha sido utilizada por algunos para plantear la existencia de una contraposición axiológica entre los clásicos derechos civiles y los derechos sociales. Durante la segunda mitad del siglo XX esta visión de conflicto entre categorías de derechos mantuvo una importante vigencia debido a la lucha ideológica entre los países occidentales y los pertenecientes al “bloque socialista”⁴⁹. No obstante, creemos que seguir

⁴⁶ En este sentido, OSUNA PATIÑO señala que “la dinámica del Estado social está montada sobre la estructura del Estado burgués de Derecho, lo cual se traduce en que a un aparato institucional diseñado con espíritu restrictivo de la actividad estatal, se le encomiendan tareas de administración prestacional. De tal suerte, el Estado social encierra en sí mismo la prohibición y la obligación de intervención de la esfera pública en el ámbito social”. OSUNA PATIÑO, N., *op. cit.*, p.18.

⁴⁷ *Cfr.* BALDASSARE, A., *op. cit.*, p.23.

⁴⁸ VASAK, K., “La larga lucha por los derechos humanos”, en *El Correo de la Unesco*, Vol. XXX, noviembre 1977, p.29.

⁴⁹ Esta es la opinión de Mónica PINTO quien expresa que “en efecto, la división Este-Oeste, las visiones antitéticas sobre el papel del estado en relación con los derechos de los habitantes, condujeron a una visión occidental que privilegió los derechos civiles y políticos y a la visión de los países del este que garantizaban vivienda, trabajo, educación y salud. De allí la inconducencia, a mi criterio, de la doctrina de las generaciones de derechos humanos que fue edificada con estos elementos y que procura –sin éxito en mi opinión– brindar sustento a la existencia de cuerpos normativos separados”. PINTO, M., “Los derechos humanos en el contexto internacional”, en

defendiendo esa posición en la actualidad significa desconocer que durante los últimos cincuenta años los derechos sociales y los civiles fueron regulados conjuntamente en múltiples constituciones de países con un régimen democrático⁵⁰. En nuestra opinión, la distinción que se realiza comúnmente, catalogando a los derechos civiles como derechos de libertad y a los derechos sociales como derechos de igualdad tiene fundamentalmente una explicación histórica pero el discurso de los derechos humanos que surgió en un momento histórico determinado ha ido evolucionando y lo mismo ha ocurrido con los conceptos de libertad e igualdad.

En el caso de la idea de libertad, en la época de la Revolución Francesa ésta se concebía como una libertad natural y pre-estatal, necesaria para el desarrollo autónomo del individuo en un ámbito de autarquía que no debía ser interferido por el “mundo exterior”⁵¹. Por el contrario, como explica muy bien BOBBIO, en la actualidad la libertad no se entiende sólo como facultad negativa sino también como poder positivo, esto es, como “capacidad jurídica y material de convertir en concretas las abstractas posibilidades garantizadas por las constituciones liberales”⁵². En cuanto a la igualdad, esta noción también ha ido cambiando desde una igualdad meramente formal a la idea más moderna relacionada con la justicia distributiva, que plantea que debe darse a cada persona un trato diferente en función de sus necesidades⁵³.

Esta evolución de las nociones de igualdad y libertad ha significado que, más que encontrarse en confrontación, se ha ido produciendo un acercamiento entre estos dos conceptos. En la actualidad son muchos los autores que se oponen a la

GUERRA, A. y FÉLIX TEZANOS, J. (Eds.), *La paz y el derecho internacional. III Encuentro de Salamanca*, Madrid, Editorial Sistema, 2005, p.252. Sobre la disputa ideológica entre este y oeste en relación a los derechos humanos, *Vid.* también CASSESE, A., *op. cit.*, pp.71-75.

⁵⁰ *Cfr.* LUCIANI, M., *op. cit.*, p.91.

⁵¹ *Cfr.* BÖCKENFÖRDE, E., *op. cit.*, pp.73-74.

⁵² BOBBIO, N., “Igualdad y dignidad de los hombres”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p.44.

⁵³ No obstante, sobre las ideas de libertad e igualdad no existe una visión única y ambos conceptos siguen estando al centro de discusiones filosóficas y jurídicas.

idea de que dentro del discurso de los derechos humanos existe una separación tajante en los valores que fundamentan cada clase de derechos y se tiende más bien a consolidar una visión que concibe a los principios y derechos como complementarios⁵⁴.

Otros consideran que el único valor del que derivan los derechos humanos en su conjunto es el de la libertad, porque la finalidad última de todos ellos es de potenciar la capacidad de autodeterminación del individuo⁵⁵. Son muy claras desde esta perspectiva las palabras de ARA PINILLA, quien expresa que “si partimos del valor absoluto de la libertad, entendida como libertad realmente incondicionada, habrá que concluir que todos los derechos humanos, tanto los derechos de la primera como los de la segunda generación, encuentran su fundamento último en el valor de la libertad (...)”⁵⁶. Aún más contundente es BÖCKENFÖRDE, según el cual los derechos sociales no constituyen un contra-principio frente a los denominados derechos de libertad sino más bien encuentran su necesidad y justificación “a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad”⁵⁷. En la misma línea argumentativa, ALEXY se refiere a la libertad jurídica cuando habla de los derechos individuales y a la libertad fáctica al referirse a los derechos sociales⁵⁸.

En nuestra opinión son múltiples los valores que están en la base de los derechos humanos sin que predominen de manera absoluta unos sobre otros y, finalmente, todos derivan de la dignidad humana de la persona. Esta es a nuestro

⁵⁴ Afirma esta idea, entre otros, GARCÍA HERRERA al sostener que “se establece, pues, una relación inescindible entre los tres elementos: libertad, participación e igualdad, que se reclaman, se influyen y se desarrollan conjuntamente. Sin el desarrollo simultáneo de los tres contenidos se produce una perversión que reduce la libertad a elitismo, la democracia a procedimiento formal y la igualdad a declaración retórica”. GARCÍA HERRERA, M., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, p.282. *Vid.* también, en el mismo sentido, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, pp.644-645.

⁵⁵ *Cfr.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, pp.195-196.

⁵⁶ ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p.110.

⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, E., *op. cit.*, p.74.

⁵⁸ *Cfr.* ALEXY, R., *op. cit.*, pp.486-501.

juicio la solución del constituyente español de 1978 al consagrar en el art. 10.1 a la dignidad de la persona como fundamento del orden político⁵⁹. Como afirma SALAZAR, generalmente no es posible cuantificar “la cuota” en que los principios y valores impregnan las normas de derechos humanos⁶⁰.

En segundo lugar, creemos que no corresponde hablar de una tensión entre los derechos civiles y los derechos sociales con motivo de la supuesta diferente estructura jurídica que tienen –acción/omisión– ya que demostramos anteriormente que a todos los derechos corresponden obligaciones positivas y negativas. Además, si bien pueden existir hipótesis de conflictos entre ambas clases de derechos también se producen constantemente colisiones entre derechos pertenecientes a una misma categoría⁶¹. Uno de los casos más típicos y citados es el de los conflictos que se suscitan entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de prensa, ambos correspondientes a la categoría de los derechos civiles.

A lo anterior cabe agregar que existen muchas zonas grises, en las que ni siquiera se puede hablar tajantemente de derechos civiles, políticos o sociales ya que existen derechos que dependiendo del punto de vista pueden enmarcarse en una categoría o en otra. Es el caso, por ejemplo, de los derechos de sindicalización y de huelga. Estos derechos, desde una perspectiva histórica o sociológica han sido denominados como derechos sociales, lo que queda de manifiesto con su incorporación en el art. 8 del PIDESC⁶². También se ha entendido que son

⁵⁹ Según COSSIO DIAZ la Constitución española relativiza de esta forma las nociones de Estado de Derecho y Estado social haciendo compatible ambos calificativos estatales y requiriendo la conjunción tanto del valor de libertad como de igualdad. *Cfr.* COSSIO DÍAZ, J., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p.36

⁶⁰ *Cfr.* SALAZAR, C., *op. cit.*, p.19. En un sentido similar algunos hablan de una “continuidad axiológica” entre los derechos civiles y los derechos sociales. *Cfr.* AÑON ROIG, M. y GARCÍA AÑON, J. (Coords.), *op. cit.*, pp.73-74.

⁶¹ De lo que se trata no es de ignorar posibles hipótesis de conflictos entre algún derecho civil y algún derecho social sino más bien, como señala LUCIANI, de desmentir la existencia de una suerte de “antagonismo lógico” entre el principio de libertad y el de igualdad. *Cfr.* LUCIANI, M., *op. cit.*, p.80.

⁶² “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

derechos sociales por estar básicamente enfocados a proteger el derecho al trabajo, que es un derecho social. Sin embargo, según algunos los derechos citados podrían también encuadrarse dentro de los derechos civiles ya que se trataría simplemente de derivaciones del derecho de asociación en el ámbito de los trabajadores. Además, en cuanto a su estructura jurídica, el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga implican para el Estado y particulares obligaciones principales negativas (no impedir el derecho a la huelga o a la sindicalización) y obligaciones secundarias positivas (establecer un órgano fiscalizador y un sistema judicial que protejan su cumplimiento).

Otro ejemplo de que la separación entre los derechos civiles y los derechos sociales es cada vez menos absoluta está constituido por el hecho de que algunos derechos, teniendo una estructura y un origen histórico claramente identificable con los derechos civiles, han adquirido cada vez con más fuerza una connotación social. El ejemplo más destacable es el derecho de propiedad, que siendo identificado como derecho civil, está frecuentemente limitado por restricciones derivadas de la llamada “función social”⁶³. En efecto, en el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se concebía al derecho de propiedad como “sagrado” y en el art. 544 del Código Civil de Napoleón de 1804 se definía a la propiedad como el “derecho de gozar y de disponer de las cosas de la forma más absoluta”. Esta situación fue evolucionando a lo largo del siglo XX y, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, se incorporó

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.”, art. 8.1. del PIDESC.

⁶³ Acerca de la función social de la propiedad y de las nuevas dimensiones sociales del derecho de propiedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Vid. BUSTOS BOTTAI, R., “Función social y límites del derecho de propiedad: temas emergentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Libro en homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yañez, AA.VV., Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile, 2008, pp.369-393.*

en la mayoría de las constituciones de los países occidentales la función social del derecho de propiedad. En la actualidad, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se han establecido limitaciones al derecho subjetivo de propiedad y desde un derecho absoluto y excluyente se pasa a lo que se ha venido a llamar “derecho-función de propiedad”⁶⁴. Sin embargo, este no es el único caso: muchos derechos civiles tienen en la actualidad una dimensión social y su ejercicio contribuye al bienestar colectivo de la comunidad⁶⁵.

Por último, seguir afirmando que los derechos civiles tendrían como fundamento la libertad y los derechos sociales la igualdad corresponde a una concepción atomizada de los derechos del hombre no compatible con la idea, cada vez más consolidada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de interdependencia e indivisibilidad de las diversas clases de derechos. Desde los inicios del proceso de internacionalización de los derechos humanos la visión que ha imperado en los documentos oficiales ha sido la de entender todos los derechos humanos como universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados. De hecho, en la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se establecen conjuntamente ambas clases de derechos. En el seno de la ONU en un primer momento primaba la doctrina de que los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales tienen la misma importancia y por tanto debían ser regulados en una sola convención pero por equilibrios políticos finalmente se optó por la creación de dos pactos distintos que regularan cada uno una clase distinta de derechos humanos.

⁶⁴ Cfr. COLINA GAREA, R., *op. cit.*, pp.102-107.

⁶⁵ Sobre el creciente rol social de algunos derechos civiles, ABRAMOVICH y COURTIS han manifestado que “la pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distinción social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios. (...) En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos”. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *op. cit.*, p.26.

En todo caso, no obstante esta división en dos convenciones diferentes, se consignó la igual importancia de todos los derechos humanos en el Preámbulo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En particular en el preámbulo del PIDCP se reconoce que *“con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal de ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales (...)”*.

Se puede observar que, con posterioridad a lo mencionado, la doctrina predominante en el sistema internacional de los derechos humanos ha sido la de reconocer la importancia equivalente de las diversas categorías de derechos y las recíprocas vinculaciones existentes entre ellos. Así, en la “Proclamación de Teherán” del 13 de mayo de 1969 hecha en el marco de la I Conferencia Internacional de Derechos Humanos, se estableció en el apartado 13 que: *“como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”*.

De esta forma tanto en la literatura jurídica como en diversos documentos internacionales se fue extendiendo la idea de que en muchas ocasiones, la vulneración de un derecho social puede significar también la afectación de un derecho individual, y viceversa y que existen múltiples vínculos entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Este planteamiento fue realizado en el Informe Final de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de las Naciones Unidas, por el relator especial del tema “La Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que destacó cómo la pobreza extrema conducía a la exclusión social y a la consecuente incapacidad de los afectados de ejercer plenamente sus derechos

humanos, incluyendo también los derechos civiles y políticos⁶⁶. Por ejemplo, en el caso del derecho a la vida, el Estado tiene la obligación principal de no vulnerar la vida de persona alguna, pero también tiene una serie de obligaciones positivas secundarias para resguardar dicho derecho, como buscar disminuir la mortalidad infantil, las epidemias y adoptar medidas con el objeto de elevar las expectativas de vida de la población. Esta ha sido, por lo demás, la interpretación del Comité de Derechos Humanos en relación al derecho a la vida consagrado en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁷.

Por último y más recientemente, la tesis descrita se ha consagrado en diversas declaraciones internacionales⁶⁸, destacando la Declaración y Programa de Acción de Viena del 25 de junio de 1993, en el marco de la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la que se estableció en su apartado 1.5 que: *“todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándose a todos el mismo peso”*.

4.- Los derechos sociales dependen de la disponibilidad económica

Otro de los argumentos más frecuentes que se ha esgrimido para sostener la falta de eficacia jurídica de los derechos sociales es el de la denominada “disponibilidad económica”. Esta idea surge de la premisa que sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, requieren para su realización del desembolso de recursos económicos. En

⁶⁶ Cfr. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE LAS DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS: *Informe definitivo preparado por el Sr. Danilo Türk sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 de julio de 1992, pp.39, 4, 59 y 55.

⁶⁷ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Observación general N° 6, *El derecho a la vida (artículo 6)*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982), Ginebra, 30 de abril de 1982, párr. 5.

⁶⁸ Pueden mencionarse, entre otras: la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada mediante la Resolución 41/128 en la Asamblea de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986; la Declaración de la “Cumbre Mundial sobre desarrollo social”, hecha en Copenhague el 12 de marzo de 1995 (Parte C, “Primer compromiso”, apartado n); la “Plataforma de Acción” aprobada en la “Conferencia sobre derechos de la mujer” hecha en Beijing el 15 de septiembre de 1995 (apartado I.213).

esta línea argumentativa GONZÁLEZ MORENO afirma que “el derecho a un acto positivo (facere) a favor del ciudadano tropieza, en gran parte de los derechos de contenido social, económico o cultural, con numerosos condicionamientos, principalmente de orden financiero, que privan de eficacia en una medida variable al reconocimiento constitucional del derecho”⁶⁹. En un sentido similar se ha pronunciado BOSSUYT al llegar a afirmar incluso que el coste de los derechos se expresaba incluso en su contenido y sus características principales⁷⁰. Como consecuencia de lo anterior, los derechos sociales podrían ser relativizados y tendrían menor eficacia jurídica puesto que dependerían de la riqueza existente en un momento histórico determinado en cada país mientras los gobiernos siempre se encontrarían obligados a respetar los derechos civiles y políticos⁷¹. Esta idea ha sido denominada en la doctrina alemana como “reserva de lo posible”, siendo utilizada por el Tribunal Constitucional alemán “*en el sentido de lo que el individuo de manera razonable puede pretender de la sociedad*”⁷².

Respecto a la problemática del costo de los derechos sociales a menudo en España la jurisprudencia constitucional ha recogido la idea de la reserva de lo económicamente posible. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido en más de una ocasión que “*el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento*”⁷³ y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el

⁶⁹ GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, p.128.

⁷⁰ BOSSUYT, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, en *Revue des Droits de l’Homme*, Núm. 4, 1975, pp.783-820.

⁷¹ Así, DE CASTRO CID, aunque señala que los derechos sociales son verdaderos derechos imprescindibles para la defensa de la dignidad humana, señala reiteradamente que su operatividad jurídica depende de las condiciones sociales, económicas y políticas presentes en cada país. *Cfr* DE CASTRO CID, B., *op. cit.*, pp.167-181. En el mismo sentido *Vid.* MARTÍNEZ ESTAY, J., *op. cit.*, pp.103-106.

⁷² BVerf GE 33, 303 y ss. En el mismo sentido, se pronunció el TCA en la sentencia sobre el *numerus clausus* abordada en el capítulo siguiente. *Cfr.* BVerf GE 43, 291.

⁷³ Las cursivas son nuestras.

*legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento*⁷⁴.

El mismo criterio ha sido utilizado en relación con el art. 27.9 de la CE – también ubicado en la Sección I del Capítulo II de la Constitución con el máximo de garantías- que establece que “*los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnen los requisitos que la Ley establezca*”. En este caso, después de señalar que “*esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales*”⁷⁵, el TC expresó que debían conjugarse “*también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles*”^{76,77}.

Sin embargo, debemos decir que el TC no ha sido del todo coherente en la forma en que ha enfrentado la cuestión del costo de los derechos. En especial, en el caso de la aplicación del principio de igualdad, si bien el máximo intérprete de la Constitución se ha inclinado preferentemente por “igualar hacia abajo”, en algunos casos ha decidido igualar “hacia arriba”, con importantes consecuencias presupuestarias. El caso más paradigmático es el de la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, que declaró inconstitucional el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social que, para acceder a la pensión de viudedad, exigía a los varones viudos un requisito adicional a las mujeres viudas. Este era el de encontrarse incapacitados para el trabajo y vivir a cargo de sus esposas fallecidas. En ese caso, la sentencia del TC que declaró inconstitucional la mencionada disposición eliminó el requisito para los varones, extendiendo un beneficio a un sector de la población –los viudos que no cumplían con el requisito exigido- con importantes consecuencias económicas.

⁷⁴ STC 213/2005, de 21 de julio, FJ 4°. *Vid.* en un sentido similar SSTC: 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17°; 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6°; 44/2004, de 23 de marzo, FJ 4°.

⁷⁵ STC 77/1985, de 25 de junio, FJ 11°.

⁷⁶ Las negritas son nuestras.

⁷⁷ STC 77/1985, de 25 de junio, FJ 11°.

En otros ordenamientos jurídicos la posición de la justicia constitucional sobre la cuestión del costo de los derechos ha sido diferente. Un ejemplo importante está dado por la Corte Constitucional colombiana que en la ya citada sentencia T-025/04 se pronunció sobre el amparo interpuesto por personas desplazadas que alegaban que varias instituciones estatales no habían cumplido con su misión de proteger a la población desplazada y de dar respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria. La Corte afirmó que, aunque en algunos casos se trata de claras obligaciones de carácter prestacional que necesariamente implicarán un gasto público, ello no obsta para clasificar algunos de tales derechos como fundamentales, puesto que tanto los derechos fundamentales como los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión prestacional a cargo del Estado⁷⁸.

Cabe ahora que nos preguntemos si el postulado de que los derechos sociales no tienen eficacia jurídica con razón de su coste económico tiene o no una sólida base argumentativa. De inmediato corresponde decir que no se puede desconocer que algunos derechos socioeconómicos requieren de importantes desembolsos monetarios y que éstos en algunos casos pueden asumir dimensiones relevantes. Pero, ¿acaso para asegurar el derecho a un juicio justo no se requiere que se destinen partidas del presupuesto que permitan la existencia de tribunales, jueces y, en general, de todo el aparato judicial funcionando de manera adecuada? ¿No necesita el derecho al sufragio de que el Estado gaste recursos públicos para asegurar que los procesos electorales se desarrollen de manera eficiente y transparente? Nos parece claro que respecto a muchos derechos civiles y políticos se requiere, como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, de desembolsos de recursos económicos y que, sin embargo, nadie desconoce que se pueda recurrir a los tribunales de justicia o al Tribunal Constitucional cuando han sido violados⁷⁹. Por lo

⁷⁸ *Cfr.* Corte Constitucional colombiana: Sentencia T-025/04, de 22 de enero de 2004, considerando 9.

⁷⁹ Son muchos los autores que han sostenido la inexactitud de las posiciones que plantean el problema del costo económico solo para la realización de los derechos sociales. *Vid.*, a modo ejemplar, CARBONELL, M., *op. cit.*, p.57; LIEBENBERG, S., “Adjudicación de Derechos Sociales

mismo, creemos que los planteamientos que parten de la idea de que existirían “libertades civiles baratas” y “derechos sociales caros” están más fundados en prejuicios que en razones de técnica jurídica. Por otra parte, como vimos anteriormente, para la realización de los derechos sociales no se requiere sólo el cumplimiento de obligaciones positivas sino también de omisiones o de acciones positivas que no implican significativos desembolsos de recursos económicos.

Entre los que han defendido la posición de que todos los derechos implican desembolsos económicos para su adecuada realización, destaca el aporte de los juristas norteamericanos STEPHEN HOLMES y CASS SUNSTEIN. Dichos autores han mostrado a través de numerosos ejemplos concretos que los argumentos de quienes defienden la imposibilidad de exigir jurídicamente los derechos sociales por su elevado costo están, en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, motivados simplemente por prejuicios ideológicos que no se corresponden a la realidad. Han evidenciado, por ejemplo, como para asegurar el derecho de propiedad en los Estados Unidos cada año se establece un gasto público enormemente elevado. O acaso, ¿la existencia de los cuerpos de policía y de los tribunales de justicia no busca en gran medida prevenir y reprimir delitos a la propiedad como el hurto y el robo? Y la propiedad de los bienes inmuebles, ¿no requiere de un complejo y costoso sistema de registro? Sin duda que sí, y no podemos tampoco olvidar a la propiedad intelectual que también está regulada y tiene sistemas de protección que requieren desembolsos de recursos públicos. A lo anterior se agrega, además, el gasto público en política de defensa que en parte tiene como objetivo proteger bienes como la vida, la integridad física pero también la propiedad de los habitantes de un Estado. Todas las anteriores son sólo algunas muestras de cómo un clásico derecho liberal como es el de propiedad necesita para su adecuado desarrollo del gasto público del Estado; los ejemplos son muchos más,

en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica”, en *Anuario de Derecho Humanos*, Universidad de Chile, p.54; LUCIANI, M., *op. cit.*, p.100; RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa*, 16-16, 1994, pp.659-660.

tanto respecto a este específico derecho como en relación a otros derechos civiles y políticos⁸⁰.

Por otra parte, los órganos que ejercen jurisdicción pueden dictar sentencias referentes a derechos civiles y políticos con significativas consecuencias presupuestarias. Sin ir más lejos, es perfectamente posible que en causas judiciales en los que agentes del Estado han violado derechos civiles como el derecho a la vida u otros se dicten sentencias que obliguen al Estado a pagar cuantiosas indemnizaciones. Aunque esas resoluciones se emitan en causas judiciales específicas por el valor del precedente judicial pueden implicar que finalmente las consecuencias para las arcas fiscales no sean menores. En cambio, existen múltiples intervenciones judiciales en materia de derechos sociales que no requiere necesariamente desembolsos de recursos económicos. Baste pensar a las resoluciones que impiden desalojos forzosos o las que evitan que se cancele la matrícula a estudiantes por razones discriminatorias.

Insistimos en que es un hecho evidente que la realización de los derechos no requiere solamente de su reconocimiento jurídico y del establecimiento de mecanismos de tutela sino también de muchos otros factores y, entre ellos, debe considerarse la situación económica de cada país. Por ello, por más que en muchos países pobres se hayan establecidos extensas listas de derechos su efectividad es muy limitada, entre otras razones por la fragilidad de su aparato estatal y la inexistencia de recursos económicos que permitan respetarlos y protegerlos. Pero en esos países las deficiencias mencionadas y los problemas de eficacia de los derechos suelen producirse para todas las clases de derechos y no solo los económicos, sociales y culturales. Incluso, muchas veces las violaciones a los derechos humanos a gran escala afectan de manera conjunta a diversos derechos con contenido muy disímil.

Por lo anterior, queda claro que nuestro propósito no es desconocer que la realización de los derechos requiere frecuentemente de un alto nivel de gasto

⁸⁰ Para una revisión exhaustiva, *Vid.* HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York, W. W. Norton, 1999, 255 pp.

público. El planteamiento expuesto es otro y consiste básicamente en intentar liberar los debates sobre la efectividad de los derechos y, en particular de los derechos sociales, de argumentos que esconden solamente una determinada posición ideológica. Entendemos que debido a limitaciones de recursos en una sociedad democrática se pueda priorizar la realización de unos derechos sobre otros pero ello debe señalarse con claridad y no afirmarse que unos derechos pueden exigirse a los poderes públicos porque requieren simplemente de su no intervención mientras otros derechos deben quedar al arbitrio del legislador ya que implican decisiones presupuestarias.

Es esencial que se avance en transparentar los debates acerca de las políticas públicas y la realización de los derechos humanos. Precisar cuestiones como el costo económico que tiene para el Estado -y por tanto para el conjunto de los ciudadanos- la protección de los derechos no implica necesariamente juicios de tipo valorativo pero la información constituye un elemento esencial para la toma de decisiones que sí requieren priorizar unas opciones políticas sobre otras. Sin embargo, en los debates acerca de los derechos muchas veces se parte de premisas no contrastadas para que, de manera automática, se deriven de ellas determinadas decisiones políticas. Es, entre otras cosas, para combatir esas verdades preconcebidas que hemos intentado depurar el debate acerca del coste de los derechos.

5.- La discrecionalidad del legislador en la regulación de los derechos sociales

Una idea muy asentada en la doctrina contraria a la exigibilidad jurídica de los derechos sociales es que ella implicaría afectar la discrecionalidad de la que debe gozar el legislador en estas materias como poder legitimado a través de la voluntad soberana. Uno de los autores que expresa claramente esta opinión es BÖCKENFÖRDE que, si bien no duda en afirmar que la realización de los derechos sociales es necesaria para asegurar la libertad individual, considera que no son justiciables. El raciocinio de este autor se basa principalmente en el supuesto –

ya rebatido más arriba- de que los derechos socioeconómicos son derechos de prestación mientras que los civiles y políticos requieren abstenciones. A lo anterior añade que las prestaciones necesarias para asegurar los derechos sociales deben ser concretadas por el legislador en el marco de la división de poderes propia de un Estado de Derecho. A juicio de BÖCKENFÖRDE, “si se encomendara al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería entonces desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador”⁸¹.

La posición de que los derechos sociales son derechos de configuración legal y no auténticos derechos constitucionales ha sido muy difundida en el ámbito de la filosofía del derecho y del derecho constitucional⁸². Sin ir más lejos, en la teoría de la justicia de RAWLS los derechos sociales quedan residenciados en el poder legislativo debido a que, según este connotado jurista norteamericano, dichos derechos implicarían, con mayor intensidad que en el caso de los derechos civiles y políticos, la necesidad de optar por diferentes visiones políticas⁸³.

Se trata, sin embargo, de una argumentación coherente con una visión del Estado de Derecho alejada de la utilizada en este trabajo. No es este el lugar para profundizar en esta cuestión pero nos parece oportuno mencionar algunas consideraciones acerca de los orígenes y el concepto de Estado de Derecho.

Se puede afirmar que la idea central del Estado constitucional de Derecho es la existencia de una constitución que constituye una norma jurídica y no cualquier norma jurídica sino la norma suprema del ordenamiento jurídico. Se trata de la idea de supremacía constitucional que, como veremos, tuvo un claro origen en el marco de la evolución de la noción de Estado de Derecho.

⁸¹ BÖCKENFÖRDE, E., *op. cit.*, pp.77-78.

⁸² En la doctrina italiana esta idea es sostenida, entre otros, en: CRISAFULLI, V., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, pp.67 y ss.

⁸³ *Cfr.* RAWLS, J., *A Theory of Justice (revised edition)*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, p.174. Compartimos con Francisco LAPORTA que las explicaciones de RAWLS sobre este punto no son muy convincentes. *Cfr.* LAPORTA, F., *op. cit.*, p.321.

Es sabido que, aun teniendo varios elementos en común, las dos revoluciones liberales de fines del siglo XVIII siguieron en diversos aspectos caminos diferentes. Uno de estos aspectos fue el de la versión de Estado de Derecho que implementaron pues mientras en la Francia post revolucionaria se adoptó la forma de Estado de Derecho legislativo liberal con un poder legislativo soberano y casi sin limitaciones, en los Estados Unidos de Norteamérica se impuso una opción diferente: el Estado constitucional de Derecho.

En el caso de la Revolución Francesa se buscaba poner fin al poder absoluto del soberano erigiendo al legislador como representante de la voluntad soberana de manera incontrarrestada. Se postula el principio de la soberanía parlamentaria como un verdadero dogma, no aceptándose ningún poder por sobre el de la Asamblea. De esta manera, en Francia -y en las posteriores constituciones europeas- el texto constitucional sólo establecía directrices para un órgano legislativo visualizado como un poder omnipotente y las mayorías democráticas del momento no podían ser limitadas de manera alguna.

Además, de acuerdo al modelo francés la división de poderes se consideraba un dogma absoluto porque se pretendía evitar la existencia de un poder ejecutivo excesivamente poderoso. Ninguno de los tres tradicionales poderes del Estado - ejecutivo, legislativo y judicial- podía invadir las prerrogativas que les correspondían a los otros. En palabras de MONTESQUIEU el juez no era más que la “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”.

En cambio, al otro lado del Atlántico se decidió que incluso el Poder Legislativo debía tener límites y que estos debían ser establecidos por una Constitución legitimada por un consenso ciudadano que se erigía como norma suprema que obligaba a todos los poderes del Estado. De esta manera, la Constitución federal de Estados Unidos de 1787 proclamaba en su art. VI, sección 2, “a esta Constitución como el Derecho supremo de la tierra” (*the supreme law of the*

land). Con posterioridad, fue fundamental para la consagración de la doctrina de la supremacía constitucional y del principio de la *judicial review* el papel del Tribunal Supremo que, por primera vez en el asunto *Marbury v. Madison* de 1803, postuló que *the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*.

El principio de supremacía constitucional se fue convirtiendo en un pilar de la fórmula de Estado constitucional de Derecho e implica que los preceptos establecidos en las constituciones no son simples orientaciones para el legislador sino que obligan jurídicamente a dicho órgano como a los demás poderes del Estado. Como señala LOEWENSTEIN, para que un Estado pueda tener el calificativo de constitucional debe contar con una Constitución normativa, esto es, un texto jurídico que regule el proceso político real⁸⁴.

Esta transformación en la noción de Estado de Derecho tiene diversas consecuencias y, entre ellas, se encuentra la forma en que se concibe la división de poderes. Con la noción de Estado constitucional de Derecho recogida actualmente en la mayoría de las constituciones se asume que los diversos órganos del Estado se controlan uno a otro y entran en continuas relaciones recíprocas⁸⁵. En este contexto el juez deja de ser la simple boca muda de la ley y, con la constitución en la mano, puede reinterpretar las leyes e incluso, en muchos ordenamientos jurídicos, llegar a invalidarlas por su inconformidad con el texto constitucional.

En Europa no fue hasta el período de entre guerras del siglo XX que se recepciona el sistema de justicia constitucional y se debe fundamentalmente a la

⁸⁴ La Constitución normativa se diferenciaría de la Constitución nominal, que sería aquella en la que el proceso político transcurre al margen de lo prescrito y de la Constitución semántica, esto es, la que se traduce meramente en un sistema de dominación. LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, pp.217 y ss.

⁸⁵ Esto es muy bien expresado por PRIETO SANCHÍS cuando, al referirse al actual noción de Constituciones, señala que “ya no permite concebir las relaciones entre legislador y juez, entre política y justicia, en los términos estrictos y formalmente escalonados propios del Estado de Derecho decimonónico, sino que obliga a una concepción más compleja y, si se quiere, más cooperativa de las fuentes del Derecho, donde un principio de equilibrio y flexibilidad venga a moderar la antaño rígida subordinación”. PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.167.

obra del jurista austriaco Hans KELSEN. Es precisamente en Austria donde se establece por primera vez un sistema de justicia constitucional primero con la Constitución de 1920 y, después, con la importante reforma a la misma en 1929⁸⁶. No obstante, el modelo kelseniano tiene diferencias importantes respecto del sistema norteamericano pues el control constitucional de las leyes se concreta en un solo órgano constituyéndose en un sistema concentrado, a diferencia del control constitucional norteamericano que se caracterizaba por ser difuso pues todos los tribunales pueden ejercer dicho control. Cabe señalar que el modelo austriaco fue seguido por la Constitución española de 1931 que estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Pero fue sobretodo después de la Segunda Guerra Mundial cuando los ordenamientos jurídicos europeos incorporarían el principio de supremacía constitucional y el régimen de Estado constitucional de Derecho. En especial, las experiencias del nazismo y del fascismo en los países europeos indujeron a los nuevos constituyentes a limitar el poder de las mayorías⁸⁷. Es así como en las nuevas constituciones de Alemania de 1949 y de Italia de 1947 se establece la existencia de Tribunales Constitucionales siguiendo el modelo de la jurisdicción norteamericano pero utilizando la estructura concentrada del modelo kelseniano.

Respecto específicamente a la aplicación del principio de supremacía constitucional a los derechos sociales constitucionales, algunos siguen sosteniendo que el legislador es el más indicado para definir con absoluta libertad su contenido y plazos de actuación. Al tratarse del órgano que posee legitimidad democrática por voluntad de la ciudadanía le correspondería de manera exclusiva regular estas cuestiones que, entre otras cosas, implican significativas decisiones presupuestarias. Se señala que, en virtud del principio del pluralismo político, la Constitución permite

⁸⁶ Cabe mencionar que ya en 1919 se había incorporado en la Constitución de Weimar un sistema de justicia constitucional pero éste sólo debía resolver los conflictos entre los poderes constitucionales y los entes territoriales.

⁸⁷ *Cfr.* FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional”, en COURTIS, C. (Comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp.258-262.

que pueda optarse por distintos modelos económicos o sociales y son las mayorías legislativas de turno las que adoptarán estas decisiones políticas fundamentales. En nuestra opinión lo anterior debe ser por lo menos matizado pues creemos no debe entenderse el principio del pluralismo político que está detrás de la noción de constitución abierta como un vaciamiento completo de las normas y principios establecidos en la Constitución. Si en los textos constitucionales se establecen listas de derechos sociales y se consagran el principio del Estado social y de la igualdad sustancial esas disposiciones deben tener algún contenido y valor jurídico. Ese contenido mínimo –que debe ser desarrollado por el legislador- puede y tiene que ser tutelado también por los órganos jurisdiccionales.

¿Cuál ha sido en esta materia el criterio utilizado en la jurisprudencia constitucional española? Aunque analizaremos con mayor profundidad en el Capítulo VI la consagración del principio de supremacía constitucional en la actual Constitución española y su aplicación a los principios rectores de la política social y económica, podemos ahora citar un reciente caso resuelto por parte del Tribunal Constitucional que, a nuestro juicio, ejemplifica la posición del máximo intérprete del texto constitucional.

Se trata de la STC 128/2009, de 1 de junio, en la que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteó las cuestiones de inconstitucionalidad número 2531-2002, 3173-2002 y 4817-2003 (acumuladas) respecto del artículo 219.2 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) de 1994, redactado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden en base a la supuesta afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 y de la protección social ante situaciones de necesidad del art. 41. Lo anterior, en virtud de que en el mencionado precepto se establece la extinción del subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años por obtener rentas superiores, que impide posteriormente volver a percibirlo hasta la jubilación⁸⁸.

⁸⁸ Cabe señalar que al momento del fallo el precepto cuestionado había sido modificado por el art. 1.8 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de

En efecto, en los casos analizados en los procesos judiciales que motivaron la presentación de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, los desempleados perceptores del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años (art. 215.1.3 LGSS) vieron extinguido el subsidio que venían percibiendo por haber obtenido en un período de tiempo determinado rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional. Cuando, con posterioridad, volvieron a solicitar el subsidio, por haber visto nuevamente disminuidas sus rentas por debajo del referido límite del 75 por 100, éste les fue denegado por aplicación de lo dispuesto en el art. 219.2 LGSS, al no encontrarse de nuevo en alguna de las situaciones previstas en los apartados 1.1, 1.2, 1.3 ó 1.4 del artículo 215.

A juicio del órgano judicial proponente, este requisito, que implica en la práctica la exigencia de hallarse en situación legal de desempleo tras haber cubierto un previo período de trabajo, resulta incompatible con la propia razón de ser del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que es la consideración por parte del legislador de la extraordinaria dificultad, que se convierte en imposibilidad práctica, de que los desempleados mayores de dicha edad puedan acceder nuevamente al mercado de trabajo, razón por la cual se les reconoce el derecho a un subsidio que, a diferencia de los demás, no tiene fijada una duración máxima, sino que se extiende hasta el acceso a la pensión de jubilación. Plantea el proponente que si una extinción del subsidio por obtener rentas superiores a los máximos previstos impide retornar posteriormente a su percepción, una vez que el nivel de rentas desciende y se sitúa por debajo del umbral que permite acceder a la prestación asistencial, por no concurrir una nueva e imposible situación de las

protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, no contemplándose ya la extinción del subsidio, sino meramente su suspensión, en aquellos supuestos en los que el beneficiario pase a percibir rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, o deje de tener responsabilidades familiares, durante un período de tiempo inferior a doce meses. De todas formas, el TC estimó que el asunto no había perdido su objeto pues el precepto legal cuestionado es de aplicación en los tres procesos que han dado origen a las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas. STC: 128/2009, de 1 de junio, FJ 2º.

exigidas para su percibo, que se incurre con ello en una regulación de la dinámica del derecho contraria a diversos preceptos constitucionales.

En particular, las disposiciones afectadas serían las siguientes:

- el art. 41 CE, porque, una vez regulado un subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años sin más límite para su duración que el pasar a percibir prestación de jubilación, resulta contrario al mismo el modo en que se ha regulado el acceso al nuevo subsidio una vez extinguido el anterior, porque no garantiza una protección social suficiente ante esa situación de necesidad, y
- el art. 9.3 CE, en cuanto proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues el impedimento del acceso al subsidio una vez desaparecida la causa que dio lugar a su extinción constituye una determinación del legislador que no es respetuosa con su propio criterio de considerar el desempleo de mayores de cincuenta y dos años como situación de necesidad a proteger específicamente y que supone, de facto, la imposibilidad de acceder al subsidio a quien lo vio extinguido por una causa que no ha perdurado en el tiempo, aunque la situación de necesidad haya vuelto a resurgir.

No obstante, el TC estimó que la norma legal no puede considerarse arbitraria o irracional, entre otros motivos por “*pertenecer al ámbito de las legítimas decisiones del legislador*”⁸⁹. A ello agregó que, si bien el art. 41 establece como garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, “*el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal*”⁹⁰, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”⁹¹.

⁸⁹ STC: 128/2009, de 1 de junio, FJ 3º.

⁹⁰ Las negritas son nuestras.

⁹¹ STC: 128/2009, de 1 de junio, FJ 4º.

De esta forma el TC en este y otros fallos⁹² ha argumentado a favor de la doctrina de la discrecionalidad del legislador en la regulación de los derechos sociales constitucionales. Dicha posición se ha sostenido en el planteamiento que los tribunales ordinarios o constitucionales no deberían inmiscuirse en la protección de derechos sociales a menos que existan normas desarrolladas por parte del legislador. Nos cabe afirmar que, si bien comprendemos el temor de que se “judicialicen” en exceso las políticas sociales⁹³, creemos que los jueces pueden tener un rol importante en materia de derechos sociales. Sabemos que no es imaginable que en causas judiciales específicas se pueda intervenir en la planificación de áreas tan relevantes como la salud, la educación y en general las que tiene que ver con los derechos sociales⁹⁴. Tampoco desconocemos el riesgo que se produciría para la equidad del sistema político si el poder judicial interviniera en algunos casos de una forma y en otros de una manera distinta.

No obstante, se ha demostrado en la práctica que si los órganos jurisdiccionales son provocados de manera adecuada pueden cumplir un rol muy relevante en la protección de los derechos sociales que, incluso, pueden derivar en cambios a nivel de la Administración o del Poder legislativo⁹⁵. En nuestro concepto los tribunales no pueden desentenderse del incumplimiento flagrante de preceptos constitucionales, ya se trate de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. Adoptar otra postura implicaría en palabras de PISARELLO, “otorgar cobertura a la impunidad de los poderes estatales en la vulneración de los derechos sociales y, por lo tanto, en la erosión de los propios presupuestos materiales que sostienen y aseguran la subsistencia en el tiempo del

⁹² *Vid.*, por todos, STC: 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17°.

⁹³ Expresado, entre otros, en RUIZ MIGUEL, A., *op. cit.*, pp.671-672.

⁹⁴ *Cfr.* ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *op. cit.*, p.42.

⁹⁵ *Cfr.* PISARELLO, G., *op. cit.*, p.65; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *op. cit.*, p.44. En el capítulo VII se abordarán múltiples casos jurisprudenciales que permiten sostener empíricamente esta afirmación.

proceso democrático mismo”⁹⁶. Siguiendo con este razonamiento, creemos que entender el principio de la discrecionalidad del legislador de tal manera que se convierta a los derechos sociales constitucionales en inaplicables en forma directa se puede traducir en amparar toda clase de abuso del Poder Legislativo en estas materias⁹⁷. Precisamente por la ocurrencia de desconexiones entre ley y Constitución los jueces pueden estar llamados a preservar y mantener vigentes las inspiraciones transformadoras de los textos constitucionales, en una función que ha sido calificada como de “resistencia constitucional”⁹⁸.

Como dice FERRAJOLI, los derechos sociales fundamentales están, al igual que los derechos civiles y políticos, en la esfera de lo indecible⁹⁹. Creemos que existen cuestiones que el constituyente ha dejado zanjadas y en el caso de los derechos sociales al órgano legislativo le queda desarrollar los preceptos referentes a derechos sociales pero de ningún modo puede afectar a su esencia. De esta forma, al resguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, la intervención de los jueces en la tutela de los derechos sociales fundamentales más que afectar el principio de separación de poderes reforzaría el sistema democrático¹⁰⁰.

⁹⁶ PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.63.

⁹⁷ En la misma línea, el constitucionalista italiano GIORGIS manifiesta que concebir la reserva de ley de manera tan amplia que se extienda a la definición constitucional de los derechos sociales constitucionales significaría retorcér su función garantista respecto del Poder Ejecutivo para convertirse en un posible instrumento de abuso del legislador respecto de los titulares de los derechos sociales. *Cfr.* GIORGIS, A., “Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all’eguaglianza distributiva”, en D’ALOIA, A. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p.120.

⁹⁸ Esta expresión ha sido empleada de manera afortunada por GARCÍA HERRERA, quien ha manifestado que con la resistencia constitucional se intenta “salvaguardar la vocación transformadora consustancial a la Constitución que, sin merma de los espacios de desarrollo político consentidos al legislador, establece una estructura de proyecto ideal que debe presidir la resolución del conflicto, sobre todo en aquellos temas referidos a los derechos sociales, apertura del sistema e integración de nuevas demandas”. GARCÍA HERRERA, M., “Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional”, en ANDRÉS IBAÑEZ, P. (Coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p.67.

⁹⁹ *Cfr.* FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp.23-24.

¹⁰⁰ *Vid.*, en la misma línea argumentativa, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, en *Revista de derecho social*, Núm. 44, 2008, p.103.

Con todo lo expuesto, no queremos de ninguna manera disminuir la relevancia de la ley como principal instrumento de implementación de los derechos fundamentales¹⁰¹. Todos los derechos fundamentales -sean civiles, políticos o sociales- requieren de un desarrollo legislativo para que puedan tener aplicación práctica. En el caso de los derechos sociales la regulación de cuestiones como el acceso, la disponibilidad, aceptabilidad, calidad y adaptabilidad de derechos sociales como el derecho a la salud y el derecho a la educación queda en manos del legislador y es justo que así sea¹⁰². De esta forma, tal como ocurre con los derechos civiles y políticos, la ley concretiza los enunciados contenidos en las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales. Ello no hace que los derechos constitucionalmente reconocidos sean ni menos fundamentales ni menos exigibles.

6.- Inexistencia de mecanismos de garantía y problemas de técnica jurídica

Por último, otro de los principales argumentos de quienes sostienen que los derechos sociales son meros planteamientos programáticos es que generalmente no existen los mecanismos judiciales adecuados para poder exigir el cumplimiento de estos derechos ante los tribunales de justicia.

Respecto a ese planteamiento debe admitirse que tanto en los tratados internacionales como en las constituciones nacionales existe un desequilibrio respecto de las garantías contempladas para asegurar el cumplimiento de los derechos civiles por un lado y los derechos sociales por otro. Es evidente también

¹⁰¹ Acerca de la relevancia que puede tener la ley como instrumento de galantismo social en el marco de la crisis del Estado social, *Vid.* DE CABO MARTÍN, C., “Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional”, en *Jueces para la democracia*, Núm. 23, 1994, pp.35-40.

¹⁰² Dichos elementos esenciales están contemplados en las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 14 (2000), *El derecho al disfrute de nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12; Observación general N° 12 (1999), *El derecho a la educación*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 6.

que en la mayoría de los textos constitucionales esta diferencia ha redundado en una menor protección de los derechos sociales y –como veremos más adelante- este fue el criterio adoptado en la elaboración de la Constitución española de 1978.

Sin embargo, la inexistencia de instrumentos procesales concretos no es un argumento suficiente para afirmar que los derechos sociales no son ni pueden ser justiciables. Si bien efectivamente a menudo no existen en los ordenamientos jurídicos nacionales mecanismos adecuados para proteger los derechos constitucionales sociales reconocidos, dichos mecanismos pueden ser creados e incluso el legislador puede estar obligado a hacerlo¹⁰³. Como dice FERRAJOLI, “lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer”¹⁰⁴. En un sentido similar, PISARELLO afirma que “no son las garantías concretas que se asignan a un derecho las que determinan su carácter fundamental sino a la inversa”¹⁰⁵.

Ahora bien, una cosa son los derechos y otras sus garantías, siendo éstas últimas las formas y modos a través de los cuales los derechos se pueden hacer efectivos¹⁰⁶. El problema existiría si los derechos sociales no pueden ser garantizados jurisdiccionalmente debido a elementos intrínsecos a su naturaleza jurídica. Esta es la posición de un sector de la doctrina que señala que los derechos sociales adolecen de ser excesivamente indeterminados tanto en cuanto a su contenido como respecto a los sujetos pasivos¹⁰⁷. Lo anterior generaría dificultades técnicas insoslayables en la elaboración de las garantías de los derechos con un contenido socioeconómico y explicaría el hecho de que en múltiples constituciones los derechos económicos y sociales aparecen reconocidos como meros principios

¹⁰³ Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *op. cit.*, p.40.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p.65.

¹⁰⁵ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p.81.

¹⁰⁶ Como señala REY PÉREZ, “se trata de distinguir entre el objeto de un derecho y las formas en que éste puede ser realizado”. REY PÉREZ, J., *op. cit.*, p.142.

¹⁰⁷ Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, pp.160-163.

programáticos. La posibilidad de garantizar los derechos sociales sería por tanto muy diferente a la de los derechos civiles que siempre tendrían plena efectividad de inmediato. Así, mientras los segundos constituirían “estados”, esto es, derechos perfectos desde un punto de vista jurídico, los derechos sociales serían “procesos” que se encontrarían en una etapa intermedia en la que, estando reconocidos, aún no serían justiciables pero pueden llegar a serlo de manera progresiva. Siguiendo con este razonamiento, se ha sostenido también que los derechos civiles y políticos serían reglas mientras los derechos sociales constituirían principios, esto es, pautas que guían la acción de los poderes públicos pero sin exigir un resultado concreto. Por nuestra parte, concordamos con quienes han sostenido que no existe ningún elemento de los derechos sociales –como hemos constatado, por lo demás, en las páginas anteriores- que los convierta necesariamente en principios y no en reglas¹⁰⁸.

Por otra parte, según los planteamientos anteriores derechos como “el derecho a la salud” o “el derecho a la vivienda” serían vagos e indeterminados en cuanto a su contenido y a las obligaciones que generan. Sin embargo, compartimos la opinión de aquellos que, si bien admiten que lo anterior es en parte cierto, sostienen que la indeterminación no es exclusiva de los derechos sociales y es más bien consustancial al lenguaje en general, al lenguaje jurídico en particular y en especial al discurso de los derechos¹⁰⁹.

Explicemos lo anterior con un ejemplo. En el caso de un derecho civil tan importante como el derecho a la vida, ¿podemos afirmar que se trata de un derecho que implica la abolición de la pena de muerte? ¿Ese simple enunciado general conlleva la prohibición de prácticas abortivas? ¿Permite o impide la eutanasia? Las respuestas a estas interrogantes no son uniformes e incluso dentro de las mismas sociedades occidentales las soluciones propuestas han sido diversas. Lo mismo ocurre con otros derechos civiles y políticos que en las disposiciones de las

¹⁰⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, REY PÉREZ, J., *op. cit.*, p.149.

¹⁰⁹ *Cfr.* PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp.67-72; AÑÓN ROIG, M. y GARCÍA AÑÓN, J. (Coords.), *op. cit.*, pp.77.

constituciones o de los tratados de derechos humanos están redactados en términos muy generales y dan lugar a complejas cuestiones¹¹⁰.

Por esta razón, compartimos con PRIETO SANCHÍS que los derechos sociales independientemente de su estructura lingüística tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales¹¹¹. A nuestro juicio el hecho de que un derecho no tenga los correspondientes medios de tutela jurisdiccional puede eventualmente dificultar su realización pero no significa que un derecho deje de serlo; es decir, no modifica su naturaleza jurídica. El prestigioso jurista italiano FERRAJOLI es muy claro en este aspecto al señalar que “el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar (...)”¹¹².

Otros autores han formulado planteamientos más matizados pero que conducen a los mismos resultados. Así, por ejemplo, LAPORTA ha sostenido que en cuanto a la justiciabilidad de los derechos sociales debe distinguirse entre los derechos que tienen la estructura jurídica de los derechos de libertad –como el derecho a la huelga y la libertad sindical–, aquellos que precisan de la organización de servicios que ya tienen un entramado institucional y legislativo establecidos previamente y, por último, los que requieren de prestaciones de parte del Estado¹¹³.

¹¹⁰ En el mismo sentido expuesto se pronuncia el constitucionalista mexicano Miguel CARBONELL, el cual además expresa que “la determinación del campo semántica sirve, entre otras cuestiones, para poder determinar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social. Realizar dicha determinación es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador que a través de las leyes debe determinar contenidos concretos para cada derecho”. CARBONELL, M., *op. cit.*, p.55.

¹¹¹ *Cfr.* PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑÓN ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 145-148.

¹¹² FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p.63. *Vid.*, en el mismo sentido, CARBONELL, M., *op. cit.*, p.56; ESPEJO YAKSIC, N., *op. cit.*, pp.43-44.

¹¹³ *Cfr.* LAPORTA, F., *op. cit.*, pp.316-319.

Mientras respecto de los dos primeros no habría mayores dificultades para que sean exigibles jurisdiccionalmente, en el caso de los derechos de prestación su justiciabilidad sería imposible. El argumento es básicamente el del principio democrático: nuevamente se afirma que el juez ordinario o el juez constitucional no sería el más apto para tomar decisiones de política pública con efectos generales. De acuerdo a esta posición, al órgano jurisdiccional no le corresponde resolver cuestiones que tienen efectos presupuestarios importantes, tanto en el quantum como en el qué se destinan los recursos. El matiz de LAPORTA consiste en que en su opinión los jueces no estarían capacitados para decidir estas cuestiones también en el caso de prestaciones estatales vinculadas a derechos civiles y políticos¹¹⁴.

En nuestro caso, no estamos de acuerdo con esas afirmaciones. Preferimos adherirnos sobre el punto a las palabras de ALEXY que, al presentar su modelo de derechos sociales fundamentales, recuerda acertadamente que “los problemas de justiciabilidad que surgen en el marco de este modelo no se diferencian básicamente de los que se presentan en los derechos fundamentales tradicionales”¹¹⁵.

Otros autores como PEÑA FREIRE plantean que más que dificultades de técnica jurídica para garantizar los derechos sociales el problema real es que no existe voluntad política para hacerlos efectivos, utilizándose razones de supuestas carencias técnicas como pretexto¹¹⁶. En algunos casos, los jueces se auto restringen de intervenir en conflictos vinculados a derechos sociales por la escasa tradición de

¹¹⁴ *Ibid.*, p.316.

¹¹⁵ ALEXY, R., *op. cit.*, p.427. En el mismo sentido PÉREZ LUÑO afirma que “debe también rechazarse la afirmación de que mientras los derechos de libertad se benefician de la tutela constitucional directamente los derechos sociales no pueden ser objeto inmediato de tal tutela. Si la Constitución puede formular positivamente los derechos sociales puede también tutelarlos en igual medida que a los demás derechos en ellas proclamados. Así, si se proclama por vía constitucional y con carácter general para todos los trabajadores el derecho a la asistencia sanitaria podría impugnarse como anticonstitucional cualquier disposición de rango inferior que excluye a un determinado grupo de trabajadores de ese beneficio, al igual que una ley que suprimiera la libertad de culto o el derecho de sufragio”. PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, p.92.

¹¹⁶ *Cfr.* PEÑA FREIRE, A., *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p.161.

protección jurisdiccional de dichos derechos que existe en múltiples ordenamientos¹¹⁷. En el mismo sentido, podemos decir que la diversa regulación establecida para los derechos sociales en la Constitución española no obedece a ningún motivo técnico sino más bien a la voluntad constituyente¹¹⁸.

Estando de acuerdo con esas posiciones, me remito simplemente a las palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que ha señalado que “aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”¹¹⁹.

¹¹⁷ COURTIS, C., “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.177-178.

¹¹⁸ En el mismo sentido: PRIETO SANCHÍS, L., *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990, p.190; SALGUERO, M., “El derecho a la educación”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.802-803.

¹¹⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 9 (1998), *La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, Ginebra, 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

CAPÍTULO V
DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL: MODELOS Y TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN

1.- Introducción

Es un hecho evidente que existen actualmente en las sociedades occidentales distintos sistemas de justicia constitucional, entendiendo por tales al conjunto de mecanismos de carácter jurisdiccional que tienen por objeto hacer realidad en el ordenamiento jurídico de un país la operatividad normativa de la Constitución. Dichos sistemas constituyen un eje central en el constitucionalismo moderno¹ y se presupondrá que no es factible en un corto plazo pensar que estos sistemas sean eliminados, asumiendo la justicia constitucional como un “hecho de la causa” sin entrar a valorar su legitimidad en el sistema democrático².

En segundo lugar, se constata que en múltiples ordenamientos jurídicos – como el español- las constituciones y/o la jurisprudencia constitucional han consagrado una regulación devaluada de los derechos sociales respecto de los clásicos derechos civiles. Como veremos, esta menor valoración de los derechos sociales se ha producido de distintas formas: omitiendo los derechos sociales en las constituciones, incorporándolos, pero sin mecanismos que permitan exigirlos como a los derechos civiles o, también, siendo objeto de una desprotección por parte de los tribunales ordinarios y constitucionales.

¹ En efecto, entre los rasgos más característicos de lo que hoy en día se entiende por constitucionalismo, se suelen indicar: la existencia de derechos fundamentales como límite material, la rigidez constitucional y la justicia constitucional. *Cfr.* BAYÓN, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.67-73.

² Existe una abundante bibliografía acerca de la legitimidad de la justicia constitucional. Nos remitimos por ahora a una reciente obra que, además de recordar las principales posiciones y sus argumentos sobre la cuestión, aborda el tema desde una perspectiva interesante y original: LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control constitucional de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 344 pp.

En este contexto, *se defenderá en este capítulo la tesis de que, en un Estado constitucional de Derecho en el que se busca proteger los valores de igual dignidad y autonomía personal, los derechos sociales deben tener en las constituciones el mismo status jurídico y el mismo nivel de protección por parte de la justicia constitucional que los clásicos derechos civiles. Respecto de los ordenamientos jurídicos en los que los textos constitucionales han pasado a formar parte del llamado constitucionalismo social, los derechos sociales constitucionales deben asumir un rol todavía más preponderante.* La idea es muy simple. Sabemos que existen diversos modelos de protección de los derechos sociales y que, en la práctica, su realización no depende de un sólo factor ni existe un modelo constitucional que los asegure de mejor manera que otros. El punto que defendemos es distinto. Lo que está en el fondo de nuestro planteamiento es que bajo la fórmula del Estado constitucional de Derecho, los derechos sociales constitucionales tiene un papel igualmente importante que el que le toca a los derechos civiles y políticos para la protección de los valores de igual dignidad y autonomía personal y esa función se acentúa en el caso de los países que han pasado a incorporar directa o indirectamente en sus constituciones la cláusula del Estado social de Derecho. A todo ello, se agrega que, contemplándose en un texto constitucional un sistema de justicia constitucional –sea difuso o concentrado; con mayores o menores niveles de intensidad- sostenemos que éste debiera cumplir la misma labor de protección de los derechos sociales que realiza respecto de los derechos civiles y políticos.

A esta labor intentaremos abocarnos a continuación de la siguiente forma. Primero, a) analizando tanto los argumentos de las posiciones contrarias como de las favorables a la inclusión de los derechos sociales en las constituciones y a la existencia de un cierto activismo de la justicia constitucional en su protección. Como se podrá ver posteriormente, nuestra posición está incluida dentro del segundo grupo. En segundo lugar, b) describiremos la forma en que diferentes países han enfrentado en sus constituciones el tema de los derechos sociales y el rol que en su protección le ha correspondido en esos ordenamientos a la justicia constitucional. Por último, c) nos referiremos a las diversas técnicas y modalidades

de intervención utilizadas por parte de la justicia constitucional para proteger los derechos sociales constitucionales.

2.- Regulación de los derechos sociales en las constituciones y rol de la justicia constitucional en su protección. Principales argumentos a favor y en contra

2.1.- Reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones

2.1.1.- Rechazo al reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones

En el primer Capítulo sobre la evolución histórica de los derechos humanos afirmamos que, de acuerdo a las primeras versiones del Estado liberal de Derecho (lo que SCHMITT llama “Estado burgués de Derecho”³), los derechos humanos son anteriores al Estado y la mejor manera para que cada individuo pueda ejercer su libre desarrollo de la personalidad es ejerciendo por sí mismo todos los derechos. Se trata de un ideal abstracto en el que todos los seres humanos son iguales por naturaleza y, por tanto, todos y todas pueden ejercer sus derechos sin problemas. El individuo sólo gozaría de los derechos civiles por ser éstos anteriores al Estado y no requerir de una sociedad organizada. Este supuesto está detrás de los diversos argumentos esgrimidos por quienes plantean que los derechos sociales no tendrían que ser constitucionalizados.

De esos planteamientos, nos referiremos a continuación a los cuatro argumentos que nos parecen más frecuentes: a) los derechos sociales no son fundamentales; b) el reconocimiento constitucional de derechos sociales afecta el pluralismo de las constituciones; c) los derechos sociales no son absolutos y, por último, una conclusión que se deriva de los dos puntos anteriores, d) los derechos sociales afectan el carácter de ley fundamental y de normatividad de los textos

³ SCHMITT, C., *op. cit.*, p.137.

constitucionales. En el desarrollo de esas argumentaciones utilizaremos principalmente lo expuesto por HAYEK, ROSENKRANTZ y RAWLS.

a) Los derechos sociales no protegen intereses fundamentales

Algunas de las posiciones contrarias a la presencia en las constituciones de derechos sociales manifiestan abiertamente que éstos derechos no serían derechos esenciales para el libre desarrollo de la personalidad y que constituirían derechos de menor valor, de segunda categoría. Esta idea ha sido defendida desde diversas corrientes pertenecientes al liberalismo. Entre los neoliberales, el exponente más representativo de esta idea es probablemente HAYEK, quien ha sostenido que los derechos sociales son, en realidad, meras aspiraciones y que invocarlos como auténticos derechos degrada el contenido de este concepto⁴. Por el lado de un liberalismo que pudiera ser definido como “progresista” nos encontramos con RAWLS, que ha defendido que las libertades básicas –asimilables a los derechos civiles y políticos- son esenciales para el ser humano mientras los derechos económicos, sociales y culturales no son esenciales para la democracia. Por ello, los derechos sociales no deberían quedar incluidos dentro de los textos constitucionales, siendo su lugar el del libre debate político⁵. Esta misma idea es la que ha llevado a incluso en constituciones en la que se han contemplado derechos sociales se los califique como “no fundamentales” y se ceda esa denominación sólo a los derechos civiles y políticos⁶.

⁴ Cfr. HAYEK, F., *op. cit.*, p.180. Estas afirmaciones sobre los derechos sociales han llevado a NINO a señalar que “muestran que el así llamado ‘liberalismo conservador’ es más conservador que liberal”. NINO, C., “Sobre los derechos sociales”, en CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. y VÁSQUEZ, R. (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p.143.

⁵ Cfr. RAWLS, J., *op. cit.*, p.174.

⁶ Ello es evidenciado con varios ejemplos y criticado fuertemente en: NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, pp.104-109.

b) Los derechos sociales afectan el carácter pluralista de la constitución

En esta parte nuevamente nos encontramos a RAWLS, según el cual los derechos económicos, sociales y culturales exigen la necesidad de elegir entre distintas visiones políticas en mayor medida de lo que sucede con los derechos civiles y políticos⁷. En una línea argumentativa similar, el jurista argentino CARLOS ROSENKRANTZ razona de la siguiente manera: siendo que existen diversas concepciones del bien en materia de justicia distributiva y ninguna de ella ha demostrado ser la correcta en forma incontrastable, la consagración de los derechos sociales afectaría al libre juego democrático y al carácter pluralista de los textos constitucionales. Este autor agrega que la situación con los derechos civiles y políticos es diferente pues respecto de ellos existiría un amplio consenso en el sentido de que deben evitarse sus violaciones y el Estado tiene que jugar un rol en su protección. En este contexto, el reconocimiento de derechos sociales constitucionales llegaría incluso a afectar gravemente la integración en la sociedad de los grupos que tienen una concepción del orden social y económico completamente diversa de la cristalizada constitucionalmente⁸.

c) Los derechos sociales no son absolutos y colisionan ineludiblemente con los derechos civiles y políticos

En segundo lugar, algunos autores señalan que la incorporación de los DESC a la noción de derechos humanos ha debilitado los rasgos tradicionales de los derechos humanos y, en particular, su carácter absoluto⁹. Esta afirmación se basa en que los DESC serían derechos que pueden ser desplazados por otras consideraciones morales al no tener la característica de la fundamentalidad. A lo

⁷ Cfr. RAWLS, J., *op. cit.*, p.174.

⁸ Cfr. ROSENKRANTZ, C., “La Pobreza, la Ley y la Constitución”, en BULLARD, A.; COUSO, J.; GIL LAVEDRA, R., et al, *El Derecho como Objeto de Transformación*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2003, pp.248 y ss.

⁹ Cfr. MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en BALLESTEROS, J. (Coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, p.49.

anterior se agrega según HAYEK el hecho que estos nuevos derechos implicarían importantes limitaciones a los DCP pues entrarían en inevitables colisiones, llegando a constituir un verdadero peligro para las libertades individuales¹⁰. En esta postura se inserta de manera más suave también HABERMAS ya que en su opinión, el reconocimiento constitucional de derechos sociales perjudicaría la realización de las libertades individuales y los derechos de participación¹¹. Del mismo modo el austriaco TOMANDL, entre sus diversas críticas al reconocimiento constitucional de los derechos sociales, plantea que si bien dichos derechos no son incompatibles con los clásicos derechos civiles, es inevitable que la consagración en los textos constitucionales de los primeros se traduzca en la relativización de los segundos¹².

d) Los derechos sociales afectan el carácter de ley fundamental y de normatividad de los textos constitucionales

Ya anticipamos que, frecuentemente, los dos argumentos anteriores han desembocado en la crítica más radical al reconocimiento de derechos sociales constitucionales: su incorporación en el texto constitucional perjudicaría su calidad de ley fundamental y deterioraría su carácter de norma jurídica vinculante y directamente aplicable. De hecho, es una conclusión lógica que, si los derechos económicos, sociales y culturales no son fundamentales pues representan intereses menores y no son absolutos porque podrían ser desplazados por otros factores, su inclusión en una constitución no es pertinente.

Pero en otras ocasiones se ha llegado a afirmar que si los derechos sociales no deberían institucionalizarse es porque no son justiciables. Este es, entre sus varios argumentos, uno de los que esgrime ROSENKRANTZ al plantear que se trata de derechos que, de incluirse en los textos constitucionales, quedarían como

¹⁰ Cfr. HAYEK, F., *op. cit.*, pp.141-157 y 172-180; STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, Septiembre-Diciembre 1988, p.264.

¹¹ Cfr. HABERMAS, J., *op. cit.*, p.489.

¹² Cfr. TOMANDL, T., *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen, Mohr, 1967, p.45.

promesas incumplidas pues no tienen la calidad de ser derechos coercibles¹³. Su posición no se basa en que los derechos sociales tengan menos relevancia para el libre desarrollo de la personalidad sino, al contrario, defiende que son igualmente importantes para la realización del ideal del liberalismo político: la existencia de una sociedad justa entre iguales. Al sostener que se trata de derechos no ejecutables, ROSENKRANTZ termina concluyendo que su consagración constitucional mina la aplicabilidad directa de todo el bloque de derechos fundamentales por lo cual, el desarrollo de bienes relevantes como la educación, la salud o la vivienda deben quedar residenciados en la política y la legislación e incorporarse en los textos constitucionales¹⁴.

Este razonamiento llevaría incluso a concluir que la inclusión de derechos que por su propia naturaleza no pueden ser exigibles jurisdiccionalmente dejaría en entredicho un pilar del constitucionalismo moderno como lo es el principio de supremacía constitucional.

2.1.2.- Defensa del reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones

En el caso de la defensa del reconocimiento de derechos sociales constitucionales el supuesto es diferente. Si bien algunos podrán defender la existencia de derechos superiores y anteriores a la creación del Estado esos derechos son derechos morales que podrán o no ser positivizados, incorporados en las constituciones y convertirse así en derechos fundamentales¹⁵. Los derechos fundamentales serían básicamente posiciones jurídicas del individuo que buscan proteger intereses o necesidades esenciales. Desde esa premisa enfrentaremos ahora

¹³ *Cfr.* ROSENKRANTZ, C., *op. cit.*, pp.241 y ss.

¹⁴ ROSENKRANTZ afirma textualmente que la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables “devalúa la potencia del Derecho constitucional” y “mella la credibilidad de toda la constitución”. ROSENKRANTZ, C., *op. cit.*, p.247.

¹⁵ *Vid.* en el mismo sentido: PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, pp.30-31.; BASTIDA, F., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.113.

los tres argumentos descritos anteriormente que constituyen el núcleo de las posiciones contrarias a la regulación constitucional de los derechos sociales, analizando principalmente si puede afirmarse que esta clase de derechos están vinculados a intereses esenciales y si su constitucionalización lesiona de alguna manera el bloque constitucional de derechos y la eficacia jurídica de los textos constitucionales.

a) Sobre la fundamentalidad de los derechos sociales

La defensa del reconocimiento constitucional de los derechos sociales parte de la siguiente premisa: debe considerarse que la parte dogmática de la Constitución tiene, entre otras finalidades, la de resaltar cuales son los bienes que se estiman más relevantes y dignos de protección en una comunidad política. Los derechos constitucionales no protegen cualquier interés o necesidad sino solamente determinados bienes jurídicos calificados como esenciales. La mayoría de los derechos otorgados a sus titulares por el ordenamiento jurídico no tiene la característica de esenciales o fundamentales.

¿Cuándo podemos decir que nos encontramos ante un interés fundamental? Para ALEXY, “un interés o una necesidad es fundamental, cuando su violación o su no satisfacción significa, bien la muerte o padecimiento grave, o bien toca el núcleo esencial de la autonomía”¹⁶. Como tuvimos oportunidad de mencionar en el capítulo anterior, ALEXY diferencia entre libertad jurídica y libertad fáctica¹⁷ y, sostiene que esta última se puede realizar a través de los derechos sociales¹⁸, por lo cual la imposibilidad de ejercer estos derechos también afectaría “el núcleo esencial de la autonomía”.

¹⁶ ALEXY, R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, Año V, Enero/Junio, 2000, Núm. 8, p.28.

¹⁷ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp.486-488.

¹⁸ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp.488-494.

Como señalamos en un comienzo, en este trabajo no se abordan las diversas fundamentaciones de los derechos sociales y por ello nos remitimos a la bibliografía que existe sobre esta materia. No obstante, podemos mencionar que la idea de que los derechos sociales deben ser reconocidos constitucionalmente para garantizar siquiera un “piso mínimo” a los ciudadanos en el goce de bienes tan relevantes como, entre otros, la salud, la educación y la vivienda, ha sido argumentada de distintas formas y desde distintas concepciones filosóficas, políticas, económicas y jurídicas. Destacan a nuestro entender, especialmente, las siguientes: la defensa del reconocimiento constitucional de esta clase de derechos pues contribuyen a asegurar el ejercicio de la libertad individual¹⁹; la tesis de que su consagración y protección permiten satisfacer necesidades básicas²⁰; la vinculación estrecha de esta clase de derechos con el respeto del valor de la dignidad humana²¹ y, por último, la concepción de que la realización de los derechos sociales es un requisito para poder participar en las mismas condiciones en el diálogo democrático y en el proceso deliberativo²².

Todos esos planteamientos defienden de diversas maneras y desde distintos enfoques epistemológicos una idea que nos parece razonable y que compartimos. Esa idea es que no son menos esenciales los intereses y necesidades resguardados con los derechos a la salud o a la educación respecto de aquellos protegidos por la

¹⁹ En esta postura, además de ALEXY, podemos también citar como fundamento del reconocimiento constitucional de los derechos sociales la concepción de capacidades de SEN, de acuerdo a la cual podemos colegir que los derechos sociales contribuyen a aumentar las capacidades de cada persona, entendiéndolo por tales “las libertades fundamentales de que disfruta para llevar el tipo de vida que tiene razones para valorar”. SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Editorial Planeta, 2000, p.114.

²⁰ Cfr. AÑON ROIG, M., “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, J. (Coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp.100-115.

²¹ Cfr. TUGENDATH, E., *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp.348 y ss.

²² Esta posición es defendida, entre otros, por GARGARELLA quien sostiene que “la ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales dificulta el involucramiento político de las personas con más desventajas, y por tanto mina el valor total del proceso democrático”. GARGARELLA, R., “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, en *Perfiles Latinoamericanos*, Núm. 028, Julio-Diciembre 2006, p.22.

mayoría de los derechos civiles²³. En este contexto, nos parece que no existen razones para no incluir los derechos sociales pues éstos derechos son tan relevantes como los civiles y políticos para asegurar la igual dignidad a todas las personas.

Es interesante la posición de ATRIA, quien partiendo de una concepción socialista de los derechos sociales defiende que éstos no pueden ser entendidos como derechos subjetivos y que no serían jurídicamente exigibles. Sin embargo, a pesar de partir de esta premisa –que ya hemos refutado en el capítulo anterior-, ATRIA sostiene que los derechos sociales deberían ser incorporados en los textos constitucionales de los Estados occidentales porque representan valores relevantes para esas comunidades políticas y en la parte dogmática de las constituciones no sólo se consagran derechos sino también valores, principios y fines del Estado²⁴.

En nuestro caso, defendemos que la recepción constitucional de determinados principios y derechos sociales en la norma fundamental se traduce en que esos principios y derechos pasan a constituirse en un elemento esencial del ordenamiento jurídico. Precisamente con el constitucionalismo social se reconoce la relevancia por igual de los derechos civiles y políticos clásicos y de los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo anterior, en nuestra opinión, en los países como España, en que está establecida en la Constitución la cláusula del Estado social de Derecho, la igualdad sustancial o de hecho también es un bien jurídico que debe ser protegido a través de los derechos humanos y especialmente a través de los DESC. Es en este sentido que creemos que es importante el reconocimiento constitucional de derechos sociales.

²³ En los mismos términos, *Vid.* PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, Núm. 271-271, enero-agosto 2005, p.27. Otros autores como REY PÉREZ van incluso más allá, afirmando una mayor relevancia de los derechos sociales al señalar que “si me apuran, diré que me parecen lógicamente previos los derechos de igualdad, porque sólo cuando tenemos cubiertas esas necesidades estamos en condiciones auténticas de ejercitar nuestra libertad”. REY PÉREZ, J., *op. cit.*, p.142.

²⁴ Siguiendo con este razonamiento, este jurista chileno llega a afirmar que “una constitución como la que defiende Rosenkrantz, en la que los derechos sociales no son reconocidos, sería sin duda el paradigma de una constitución de derecha. Ni la constitución chilena de Pinochet llegó tan lejos como el argumento de Rosenkrantz sugeriría”. ATRIA, F., *op. cit.*, p.47.

b) El pluralismo de las constituciones y el reconocimiento de derechos sociales constitucionales

Frente a los planteamientos de RAWLS y ROSENKRANTZ de que en la forma en que se debería regular y realizar los derechos sociales no existe un amplio acuerdo social como, en cambio, ocurre con los derechos civiles y políticos no podemos más que manifestar nuestra profunda discrepancia.

Al referirnos a este punto tenemos inevitablemente que reiterar algunos de los argumentos vertidos en el capítulo anterior frente al planteamiento de la inexigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales constitucionales por lesionar la libre discrecionalidad del legislador y por ser derechos excesivamente vagos. Existen innumerables ejemplos que demuestran que todos los derechos pueden tener interpretaciones muy diferentes²⁵. Por otra parte, desde la filosofía política se han hecho valer y defendido apasionadamente concepciones diametralmente opuestas de cuales son las mejores y más justas regulaciones de bienes asociados con los clásicos derechos civiles.

Asumir, por tanto, una concepción pluralista de constitución en un “sentido fuerte” nos llevaría a excluir de nuestras leyes fundamentales también algunos de los más importantes derechos civiles y que permanecerían sólo los que permiten desarrollar una concepción radicalmente procedimentalista de la constitución²⁶. Otra cosa es, en cambio, entender que si bien el cometido del legislador es primordial para la realización de los derechos fundamentales en conformidad a las reglas de la democracia para el respeto del derecho a igual participación, existe un núcleo de los derechos constitucionales que es indisponible y ese núcleo se puede referir tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales²⁷.

²⁵ Nos remitimos en esa parte a lo ya dicho en el Capítulo IV.6, *supra*.

²⁶ Para una revisión de una postura procedimentalista radical, *Vid.* HAMPSHIRE, S., *La justicia es conflicto*, Madrid, Editorial Siglo XXI de España Editores, 2002, 89 pp.

²⁷ Una posición de este tipo es, en cambio, más acorde a una concepción mixta de legitimidad política representada por las ideas del sustantivismo débil o del procedimentalismo débil. Respecto

c) Sobre el carácter absoluto de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular

Hagámonos cargo ahora del argumento de que los derechos sociales no pueden constitucionalizarse porque no constituyen derechos absolutos como, en cambio, sí ocurre con los derechos civiles y políticos. De acuerdo a la posición de RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, los derechos humanos son absolutos en el sentido que prevalecen sobre otras consideraciones morales, pero lo son *prima facie* en el sentido que pueden ser desplazados por otros derechos²⁸. De lo anterior, se deriva que los derechos humanos no son ilimitados²⁹. Esto no significa que puedan establecerse restricciones basadas en motivaciones de cualquier orden, porque en ese caso su cumplimiento quedaría relegado a la discrecionalidad de los poderes públicos de cada país. Las únicas limitaciones permitidas son las producidas por conflictos entre derechos humanos o a otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo tanto, entendemos que los derechos fundamentales son absolutos en el sentido que por regla general no pueden ser afectados por consideraciones ajenas a esta categoría de derechos. Si se asumiera la calidad de validez absoluta de los derechos humanos en “sentido fuerte”, esto es, sin permitir ningún límite, tampoco los DCP serían absolutos³⁰.

Por lo anterior, creemos que los derechos sociales pueden ser perfectamente reconocidos en los textos constitucionales puesto que no introducen ningún cambio en el carácter absoluto de los derechos fundamentales ya que no produce variaciones en el criterio mencionado: sus únicas limitaciones pueden provenir de

de la primera concepción el exponente más representativo es, probablemente, DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 371 pp. En cuanto al procedimentalismo débil recomendamos la lectura de: WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005, 395 pp.

²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *op. cit.*, p.69.

²⁹ Los únicos derechos que generalmente se plantean como absolutos, son el derecho a no ser torturado y el derecho a no ser sometido como esclavo. Cfr. BOBBIO, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p.58.

³⁰ Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *op. cit.*, pp.656-661.

conflictos entre derechos pertenecientes al mismo sistema de los derechos fundamentales o de bienes constitucionalmente relevantes.

d) ¿Los derechos sociales realmente contribuyen a la pérdida de eficacia jurídica de la constitución?

Por último, nos queda responder si la consagración de derechos sociales debilita el sentido normativo de los textos constitucionales. Ante esta idea no nos queda otra cosa que, nuevamente, recordar nuestra defensa de la justiciabilidad de los derechos sociales en todo el capítulo anterior. Si somos coherentes con lo expresado anteriormente tenemos que repetir que los derechos sociales pueden ser perfectamente garantizables ante los órganos jurisdiccionales y, de esta manera, no se podría sustentar que su inclusión en las constituciones se traduce en la pérdida de su carácter de disposición suprema jurídicamente vinculante.

A lo anterior debemos agregar que hay ejemplos recientes de textos constitucionales que de manera explícita otorgan aplicabilidad directa a los derechos sociales constitucionales. Es el caso, por ejemplo de la Constitución venezolana de 1999 que establece en el art. 22 que “*La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*” y de la Constitución de Bolivia del 2009 según la cual “*todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables*”.

Una cuestión diferente es si la inclusión de los derechos sociales en los textos constitucionales es indispensable para su realización en la práctica. La experiencia en el Derecho Comparado –más adelante revisaremos la experiencia de varios ordenamientos jurídicos- nos muestra que no ello no es tan claro y que en caso de que los derechos sociales no estén incorporados explícitamente en los textos constitucionales pueden igualmente existir otras formas de garantizarlos como es, por ejemplo, por su protección indirecta a través de otros derechos y/o principios.

2.2.- La justicia constitucional y su rol en la protección de los derechos sociales

2.2.1.- Rechazo a la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales

Las críticas al papel que puede jugar la justicia constitucional en el cumplimiento de los derechos sociales constitucionales no distan mucho de las objeciones que se realizan a la existencia misma de la justicia constitucional. Sin embargo, como veremos, algunas críticas se acentúan cuando se hace referencia a los derechos sociales o utilizan argumentaciones más específicas. Entre las principales críticas destacan: a) la objeción técnica, b) la naturaleza del órgano judicial, c) la objeción del equilibrio presupuestario y, la más importante, d) la objeción democrática. Revisémoslas brevemente a continuación.

a) La objeción técnica

Se ha señalado que los tribunales constitucionales no tendrían la información ni la especialización para adoptar decisiones complejas en materias sociales que involucran gastos presupuestarios u otras cuestiones técnicas. Las políticas sociales son formuladas con la contribución de expertos en las distintas áreas sociales como salud, educación, vivienda, previsión social u otras. La justicia constitucional no cuenta con este recurso como sí sucede con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo³¹.

b) La naturaleza del órgano judicial no le permite enfrentar adecuadamente cuestiones políticas

Entre las críticas más frecuentes, se ha planteado por parte de SCHMITT que no sería posible resolver jurídicamente problemas políticos³². El método jurídico no permitiría resolver adecuadamente asuntos claramente políticos. Se

³¹ Este es un planteamiento realizado, entre otros, en: ROSENKRANTZ, C., *op. cit.*, pp.245 y ss.

³² Cfr. SCHMITT, C., *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1998, pp.79 y ss.

señala por este connotado jurista alemán que la decisión judicial tiene presupuestos muy diferentes a los de los temas más propiamente políticos: la neutralidad del juez respecto al asunto debatido, su independencia respecto de las partes y su aplicación a un caso concreto, entre otros. En algunas intervenciones de la justicia constitucional como es la que se realiza a través del control constitucional de las leyes sería especialmente intensa la presencia de problemáticas ligadas a la política. Según algunos, este contenido político se acentuaría en el caso de los derechos sociales puesto que serían derechos que conllevan de manera consustancial la exigencia de elegir entre diferentes concepciones políticas³³.

c) La objeción democrática

Esta es una crítica que los detractores de la justicia constitucional plantean en general respecto a la revisión judicial de las leyes. Toda esta problemática tiene que ver con la relación entre justicia y política. ¿Hasta que punto los órganos judiciales pueden intervenir en cuestiones que entran dentro del ámbito de las políticas públicas desarrolladas por los poderes democráticos? En el caso de los derechos sociales se afirma que establecer la *judicial review* tiene como consecuencia entregar a los tribunales constitucionales la posibilidad de elaborar, planificar y realizar políticas económicas y sociales. Lo anterior ha dado lugar a fuertes debates acerca de la justicia constitucional y se ha planteado la siguiente interrogante: ¿puede un órgano con menor legitimidad que el Poder Legislativo dejar sin efecto disposiciones legales? Los críticos de la justicia constitucional responden en forma negativa a las preguntas anteriores y han llegado a afirmar que con los tribunales constitucionales se busca dar vida a verdaderos “gobiernos de los jueces”³⁴. En efecto, los miembros de los tribunales constitucionales no suelen ser elegidos a través de un proceso electoral transparente y participativo. Tampoco están sujetos a los mismos controles que los parlamentarios.

³³ Como mencionamos anteriormente esta idea lleva a RAWLS a plantear incluso la conveniencia de no incorporar los derechos sociales en las constituciones. *Cfr.* RAWLS, J., *op. cit.*, p.174.

³⁴ La celebre expresión es de LAMBERT. *Cfr.* LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard, 1921, 276 pp.

d) La objeción que cuestiona la intervención del juez constitucional en la economía y aboga por el mantenimiento del equilibrio presupuestario

Por último, se ha planteado que las decisiones de los tribunales constitucionales pueden tener consecuencias presupuestarias excesivas para el Estado y los jueces constitucionales no serían los más aptos técnicamente ni los más indicados políticamente para abordar la distribución del gasto público. Como se puede notar, en este caso estamos frente a una derivación y especificación de todas las objeciones anteriores. No obstante, creemos que por su relevancia y la frecuencia con que esta objeción es defendida en el ámbito de los derechos sociales merece ser mencionada de manera particular. En efecto, los que sostienen esta idea han afirmado a menudo que en el caso de los derechos sociales constitucionales la posibilidad de que las decisiones de los jueces constitucionales tenga un impacto significativo en el equilibrio presupuestario es todavía mayor³⁵.

2.2.2.- Defensa de la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales: los principales argumentos

Frente a los detractores de que los jueces constitucionales ejerzan alguna labor de protección de los derechos sociales constitucionales se han empleado argumentos que buscan rebatir las objeciones anteriormente mencionadas y se ha respondido también con otros argumentos. Veremos a continuación los principales que se han expuesto para, en el apartado siguiente, extendernos mayormente en una respuesta a la objeción democrática desde las corrientes que propugnan el ideal de la democracia deliberativa.

a) La Constitución como norma jurídica

En primer lugar se ha señalado que, si entendemos que la Constitución es una norma jurídicamente vinculante y no un conjunto de disposiciones

³⁵ Recordamos en esta parte los argumentos señalados en el capítulo anterior acerca del tema del costo de los derechos sociales. *Vid.* Capítulo IV.4, *supra*.

programáticas, tiene que tener algún nivel de exigibilidad, en especial para los poderes públicos. Aún asumiendo que respecto de los derechos constitucionales puedan establecerse diferentes niveles de garantías lo que difícilmente es aceptable es que en los ordenamientos jurídicos que se rigen por el ideal del constitucionalismo moderno algunas disposiciones constitucionales no obliguen a las instituciones representativas³⁶. Como lo hemos venido señalando, en un Estado constitucional de Derecho todos los poderes políticos deben respetar la totalidad de las normas constitucionales. En este marco, los preceptos que contienen derechos o principios sociales también exigen, por lo menos en alguna medida, el cumplimiento de ciertos estándares mínimos y no pueden quedar por completo al arbitrio de la Administración o del Legislador³⁷.

b) El juez constitucional como guardián de la constitución

Una de las preguntas que suelen surgir en estos debates es: ¿qué órgano tendría que encargarse de la justiciabilidad de los derechos sociales constitucionales? Desde luego no puede ser el mismo legislador pues estaría revisando la constitucionalidad de las leyes que dicta. Nos encontramos entonces frente a la denominada función “contramayoritaria” de la justicia constitucional que constituye, probablemente, el argumento esgrimido en defensa de la intervención de la justicia constitucional que más dificultades genera desde una perspectiva democrática. De acuerdo a este planteamiento y asumiendo que en los textos constitucionales se consagran derechos fundamentales –recordemos que para el constitucionalismo en caso contrario no se trata de una auténtica constitución- alguien tiene que asegurar su cumplimiento. En efecto, aunque los derechos fundamentales obligan a todos los

³⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, ACUÑA ROLDÁN, J., “Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia jurídica de los derechos sociales en la experiencia comparada”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 6, 2006, p.11.

³⁷ Una actuación de deferencia absoluta del juez constitucional ante flagrantes vulneraciones por parte del legislador de preceptos constitucionales que regulan derechos sociales lo llevaría a convertirse en lo que PISARELLO y DE CABO denominan como “brazo tonto de la ley”. *Cfr.* PISARELLO, G. y DE CABO, A., “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces y ciudadanos”, en APARICIO PÉREZ, M. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Madrid, Cedecs, 2001, p.238.

poderes públicos –como lo dispone en la Constitución española el art. 53.1- es sabido que las mayorías parlamentarias pueden desconocerlos o vulnerarlos. En este contexto, los tribunales constitucionales pueden tener –y han tenido históricamente- una destacada función de protección de los derechos de las minorías. Se trata de un rol importante que la justicia constitucional puede cumplir no sólo respecto de los clásicos derechos civiles sino, especialmente, en relación al ejercicio de los derechos políticos y sociales que frecuentemente han sido violados respecto de algunos grupos de la población³⁸. Así se ha demostrado históricamente y el Tribunal Warren en Estados Unidos o, en tiempos más recientes, los tribunales constitucionales de Colombia y Sudáfrica, son prueba de ello. Se ha visto como la justicia constitucional no necesariamente se limita a defender el statu quo y puede jugar un rol transformador en las sociedades actuales.

c) Naturaleza jurídica vs. cuestiones políticas

El órgano que tiene que asegurar el cumplimiento de la Constitución –se trate de un sistema “difuso”, de acuerdo al modelo norteamericano o bien de uno “concentrado” con un órgano distinto como son, justamente, los tribunales constitucionales- debe utilizar en sus interpretaciones criterios jurídicos pero también considerar las consecuencias políticas de sus resoluciones. Aquí está precisamente la respuesta al cuestionamiento que señala que no cabe dejar las cuestiones políticas en manos de jueces. Efectivamente debe reconocerse que a la

³⁸ Por su lucidez, nos parece conveniente transcribir lo señalado al respecto por PISARELLO: “Más allá de las diversas propuestas dirigidas a asegurar algún tipo de representatividad indirecta a los jueces constitucionales, una de las justificaciones más convincentes de su función, al menos en términos coyunturales, es la siguiente: en las democracias representativas *realmente existentes* la tutela de los derechos fundamentales y de los principios ligados al Estado social y democrático de derecho no pueden encomendarse de manera exclusiva a órganos legislativos escasamente sensibles a aquellas demandas que no se traducen en beneficios electorales inmediatos o que escapan a la agenda de prioridades políticas establecida por una degradada lógica de partido. En ese contexto, y precisamente por su papel de relativa independencia de los órganos políticos, la justicia constitucional podría ser un instrumento idóneo, si bien no el único ni el principal, para impulsar un cierto control entre poderes en materia de derechos civiles, políticos y sociales y para hacer visibles y audibles los intereses y voces de aquellas minorías (y a veces mayorías) marginadas de los canales representativos tradicionales”. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p.93.

justicia constitucional le importa abordar cuestiones que tienen un sustrato político pero debe hacerse siempre a través de una construcción jurídica³⁹.

d) Sobre la objeción técnica

Efectivamente no se puede pensar que la justicia constitucional tiene las mismas herramientas técnicas que los poderes políticos para formular, aplicar y evaluar las políticas sociales. Sin embargo, cuando están envueltas complejas cuestiones técnicas y existan dudas acerca de la constitucionalidad de una actuación u omisión del Poder Legislativo siempre existe la posibilidad de, por lo menos, solicitar al Congreso que explique de qué modo su forma de actuar se adecúa con el texto constitucional. Como ha señalado el Comité de DESC, el Estado debe explicar –incluso en periodo de crisis económica– si está dando cumplimiento a las disposiciones del PIDESC. Además, debemos recordar que es parte consustancial del ejercicio de la actividad jurisdiccional el tener que abordar cuestiones técnicas con altos niveles de complejidad. Para ello, los jueces suelen citar a peritos para que ayuden con sus conocimientos a probar determinados hechos de la causa. En último término, desde la justicia constitucional también se podrá citar a expertos para tener más elementos que le permitan adoptar sus decisiones⁴⁰.

e) Los derechos sociales como “cartas de triunfo frente a las mayorías”⁴¹, “coto vedado”⁴² o “esfera de lo indecible”⁴³

La idea de que existen derechos que constituyen una barrera a lo que discrecionalmente pueden decidir los poderes políticos es un planteamiento que no

³⁹ Son muy acertadas las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA en las que se hace cargo del justo equilibrio entre el método jurídico y las consecuencias políticas de los actos de los jueces constitucionales. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 192-196.

⁴⁰ Así por ejemplo se hizo en el caso *Campaign for Fiscal Equity v. State of New York* al que nos referimos más adelante en el apartado final de este capítulo, *supra*.

⁴¹ DWORKIN, R., *op. cit.*, pp.91 y 199.

⁴² GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp.644-645.

⁴³ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp.23-24.

abordaremos ahora en extenso. De manera general nos referimos a este tema al tratar en el capítulo anterior la objeción a la justiciabilidad de los derechos sociales fundada en la discrecionalidad del legislador para regular los derechos sociales. Sin detenernos tampoco en las críticas de la objeción democrática a la idea del “coto vedado de derechos” –la que será abordada por separado- realizaremos algunas consideraciones de otro tipo. En el constitucionalismo social todos los derechos fundamentales –civiles, políticos o sociales- son igualmente relevantes para el respeto de los valores y principios de libertad, igualdad y dignidad humana. En este contexto, lo que no sería admisible en los ordenamientos cuyo texto constitucional consagra la fórmula del Estado social –como en el español- es que sólo los derechos civiles constitucionales sean protegidos o tengan mayores niveles de garantías por parte de los distintos mecanismos de justicia constitucional. Esta idea es coherente con la tesis defendida en este trabajo de que tomarse en serio el principio de respeto a la igual autonomía de las personas implica que los instrumentos de justicia constitucional establecidos para garantizar los derechos fundamentales deben aplicarse por igual a los derechos constitucionales civiles, políticos y sociales. Este planteamiento se refuerza a nuestro entender en el caso de los textos constitucionales que han abrazado la noción de constitucionalismo social.

f) El equilibrio presupuestario

La justicia constitucional, precisamente por encontrarse como hemos señalado en una zona intermedia entre política y Derecho, debe considerar también las consecuencias económicas de sus resoluciones. En algunas ocasiones lo más conveniente será utilizar mecanismos de diálogo institucional entre el Juez Constitucional y el Poder Legislativo de manera que sea este último quien defina la mejor forma de utilizar los recursos públicos y cumplir con los imperativos constitucionales. No obstante, tener cierta consideración a los efectos presupuestarios de las sentencias no puede inhibir a la justicia constitucional de intervenir ante flagrantes violaciones a los derechos económicos, sociales y

culturales⁴⁴. En algunos casos, como veremos en la parte final de este capítulo, cuando existe la necesidad de enfrentar problemas estructurales⁴⁵ o para poner fin a un “estado inconstitucional”⁴⁶ que no han sido abordado por mucho tiempo por los poderes públicos, a la justicia constitucional no le queda otra posibilidad que impulsar esas reformas pendientes con plazos, criterios y principios que deben respetarse, aunque éstas puedan significar cuantiosos desembolsos de recursos económicos. A todo lo anterior se agrega que los Estados que han suscrito el PIDESC tienen la obligación de adoptar medidas “*hasta el máximo de recursos disponibles*” para dar cumplimiento a las obligaciones emanadas del Pacto y, si bien la oportunidad y forma de realización corresponde mayormente a los poderes políticos, es difícil sostener que los jueces constitucionales no puedan siquiera hacer presente al Legislador y la Administración el incumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos. Por último, cabe repetir lo señalado anteriormente: todos los derechos “cuestan” y, de esta forma, también cuando la justicia constitucional ha resuelto asuntos relativos a derechos civiles se han generado importantes consecuencias para el presupuesto público⁴⁷.

⁴⁴ *Vid.* sobre el punto UPRIMNY, R., “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, Núm. 13, 2001, pp.145-183.

⁴⁵ El TEDH tiene una amplia jurisprudencia en la que ha señalado a los Estados la existencia de violaciones a la CEDH que no son de carácter aislado. Pero fue desde las sentencias *Broniowski contra Polonia*, de 22 de junio de 2004 y *Sejedic contra Italia*, de 10 de noviembre de 2004, que el TEDH, además de referirse a la existencia de problemas considerados estructurales, plantea la adopción de medidas específicas para la ejecución de las reiteradas sentencias que han constatado las violaciones de la Convención. Si bien en estos casos se alegó, respectivamente, la violación de los derechos de propiedad y del debido proceso, creemos que esta doctrina del Tribunal de Estrasburgo puede ser especialmente relevante respecto de los derechos sociales establecidos en la Convención o para la protección indirecta de otros derechos sociales. Además, repetimos lo dicho anteriormente en el sentido que, por lo menos en España, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que los fallos del TEDH son vinculantes para la interpretación de los derechos fundamentales en el plano interno.

⁴⁶ Este concepto ha sido utilizado por la Corte Constitucional colombiana en: T-25 de 2004, de 22 de enero, apartado 7. *Cfr.* PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p.100.

⁴⁷ Sólo a modo de ejemplo podemos citar las sentencias dictadas por la Corte Constitucional italiana número 155/1976, de 24 de junio; 5/1980, de 25 de enero; 223/1983, de 15 de julio. Todas ellas fueron pronunciadas respecto a la indemnización correspondiente a entes privados en caso de expropiación por utilidad pública y significaron un aumento del gasto público.

g) Sobre la objeción democrática

No podemos desconocer que existe un problema de legitimidad de los tribunales constitucionales al momento de revisar la constitucionalidad de leyes que han sido aprobadas por un Poder Legislativo elegido por la ciudadanía. Por lo mismo, la justicia constitucional, sin dejar de cumplir con su misión, no puede intentar reemplazar a la política. No obstante, puede ser la misma práctica de los tribunales constitucionales la que finalmente termine entregándole esa legitimidad. En la argumentación de sus decisiones a través del método jurídico en el marco que entrega el mismo texto constitucional puede estar precisamente una fuente importante de legitimación de los tribunales constitucionales. Ni la ciudadanía ni los otros poderes del Estado aceptarán jamás a un tribunal constitucional que se rija por criterios arbitrarios o políticos-partidistas.

Como una forma de hacerse cargo de la existencia de un problema de legitimidad de los jueces constitucionales, probablemente sería positivo establecer más mecanismos de participación ciudadana en los procesos que se desarrollan ante los tribunales constitucionales así como introducir mecanismos de selección de los magistrados que tengan el mayor grado de legitimidad posible.

2.2.3.- Defensa de la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales: una respuesta desde la concepción de la democracia deliberativa

La objeción democrática a la existencia de un sistema robusto de justicia constitucional en materia de derechos sociales es, sin duda, la crítica más fuerte y persuasiva. En este caso, por estimarlo interesante y compartible, describiremos el planteamiento formulado desde la concepción de la democracia deliberativa y, específicamente, el realizado sobre esta cuestión por uno de sus exponentes, el filósofo argentino GARGARELLA.

En diversas intervenciones⁴⁸, GARGARELLA se ha referido indistintamente a la función que pueden cumplir los tribunales ordinarios y constitucionales en la protección de los derechos sociales pero, en esta oportunidad, mencionaremos sus argumentos en relación al papel de la justicia constitucional en materia de derechos sociales por ser este el objeto de estudio del presente capítulo. En una de sus intervenciones sobre el tema, este filósofo argentino subdivide las posturas que se oponen al activismo judicial en materia de derechos sociales en función de la objeción democrática en dos importantes corrientes que enfrentan el tema de muy distintas maneras. Mientras la primera postura sostenida por la teoría del pluralismo democrático, que GARGARELLA tilda de conservadora, plantea que desde la judicatura sólo se debe invalidar cualquier acción de los poderes públicos que pueda llegar a afectar los derechos de participación⁴⁹, una segunda teoría es la de la democracia participativa que defiende que los jueces deben respetar lo que el legislador resuelve respecto a los derechos sociales⁵⁰.

¿Cuál sería entonces el rol que le cabe a los jueces respecto de los derechos sociales en la democracia deliberativa según GARGARELLA? Para responder a esta pregunta, lo primero es señalar que desde la mirada de GARGARELLA el pleito judicial puede constituir un importante “motor para el debate público” pues una de sus principales funciones sería la de recibir los reclamos de todos aquellos que se encuentran marginados o seriamente afectados por las decisiones que adoptan los políticos. En este marco, GARGARELLA concluye que los jueces pueden cumplir

⁴⁸ Por todas, *Vid.*, además del ya mencionado artículo “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, la siguiente participación en una obra colectiva: GARGARELLA, R., “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.13-27.

⁴⁹ El ideal del pluralismo democrático parte de la premisa que los derechos sociales, al requerir de un rol activo del Estado, implican de manera inevitable la vulneración del derecho de propiedad. Para una revisión de esta posición, *Vid.* HELD, D., *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 2001, 432 pp.

⁵⁰ *Cfr.* GARGARELLA, R., “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.21 y ss.

un importante rol para la defensa de los derechos sociales, especialmente de los grupos más desaventajados.

Por otra parte, desde una concepción que propugna la democracia deliberativa⁵¹, la intervención de los jueces constitucionales en la protección de derechos sociales no sólo es bienvenida porque los tribunales en general y, la justicia constitucional en particular, pueden estar en muy buena posición para ser verdaderos foros deliberativos sino, también, porque la exigencia de cumplimiento de ciertos estándares de realización de los derechos sociales es imprescindible si se pretende que el diálogo democrático se desarrolle con una base mínima de condiciones reales de participación⁵². En efecto, la pobreza extrema que existe en muchos países del planeta se convierte en una barrera que imposibilita el desarrollo de la participación en el proceso político en igualdad de condiciones pues es probable que las personas que tienen carencias de alimentación, salud, educación u otros bienes sociales básicos tengan que principalmente abocarse a eliminar esas privaciones.

Algo similar sucede en sociedades desarrolladas europeas donde, aunque es menos extensa frecuente la existencia de amplios sectores de la población que no tengan una renta que les permita subsistir, se pueden igualmente encontrar importantes niveles de desigualdad entre los distintos grupos de la población. En este caso no nos referimos sólo a una menor renta, sino también a ciertas limitantes legales o fácticas que restringen fuertemente el ejercicio de algunos derechos sociales a determinados colectivos como son, por ejemplos, los inmigrantes o las minorías sexuales⁵³.

⁵¹ Para otra defensa de la democracia deliberativa, recomendamos: NINO, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, 303 pp.

⁵² Cfr. GARCÍA HERRERA, M., "Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional", en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p.80; SASTRE ARIZA, S., *op. cit.*, pp.260-261.

⁵³ Creemos que, en este contexto, se podría hablar de privaciones de capacidades en el sentido propuesto por SEN que mencionamos precedentemente. Cfr. SEN, A., *op. cit.*, pp.114 y ss. Dichas privaciones podrían también significar en algunos casos una disminución en las posibilidades de esos grupos de ejercer en igualdad de condiciones sus derechos de participación política. Como se

Por último, nos cabe señalar otro argumento muy bien desarrollado por KAVANAGH para hacer frente a la objeción democrática a la intervención de la justicia constitucional en la protección de los derechos sociales⁵⁴. Se sostiene que la justicia constitucional no es el único ni el más importante mecanismo para la protección de los derechos fundamentales en general y, de los derechos sociales en particular, pero que sí puede ser un instrumento idóneo en ciertas ocasiones y cumpliendo determinados requisitos⁵⁵. Sin menoscabar la legitimidad democrática del legislador, un Estado Constitucional es un sistema con límites y controles donde la realización de los derechos humanos le corresponde a múltiples instituciones y no exclusivamente a una de ellas⁵⁶. De acuerdo a esta concepción, la justicia constitucional constituye un engranaje más de protección a los derechos y los ciudadanos pueden así contar con otro mecanismo que se agrega al resto de garantías institucionales y extra institucionales.

Nos parece que este argumento cobra especial sentido en los países donde los poderes políticos no cumplen con estándares razonables de legitimidad democrática. En esos casos los tribunales constitucionales pueden convertirse en instancias en las que se ventilen conflictos públicos que están al margen de la agenda política. En otros ordenamientos la posibilidad de someter a la justicia constitucional asuntos vinculados a la realización de los derechos sociales puede

puede notar, nos encontramos también ante una demostración del principio de interdependencia e interrelación de los derechos fundamentales al que hemos hecho referencia en el capítulo anterior.

⁵⁴ Cfr. KAVANAGH, A., "Participation and Judicial Review: A reply to Jeremy Waldron", en *Law and Philosophy*, Vol. 22, 2003, pp. 451-486.

⁵⁵ Este argumento es también esgrimido por PISARELLO. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp.93-94.

⁵⁶ Al respecto nos parecen muy acertadas las palabras de ZAGREBELSKY, cuando afirma que "entre Estado constitucional y cualquier 'señor del derecho' hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos". ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p.153.

simplemente constituir un mecanismo de participación complementario a los más tradicionales espacios institucionales⁵⁷.

Además, junto a otras acciones de control ciudadano, requerir la intervención del juez constitucional puede ser parte de estrategias que persiguen reivindicaciones en materia de derechos sociales. La justicia constitucional se puede así convertir en un canal de participación que active otros entes a actuar para, incluso, impulsar reformas pendientes.

De esta forma, la existencia de un rol activo de los tribunales constitucionales respecto de la exigibilidad de los derechos sociales no sólo no atenta contra el principio democrático sino que puede ser un elemento que contribuya a fortalecer el proceso deliberativo en los debates acerca de esta clase de derechos⁵⁸. Como podremos ver a lo largo de este y los próximos capítulos, existen múltiples modos en que los jueces constitucionales se pueden pronunciar en relación a cuestiones vinculadas a derechos sociales sin que ello implique que tengan “la última palabra” en el veto de leyes o en el desarrollo de políticas públicas⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, pp.137-141.

⁵⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, pp.162-169.

⁵⁹ Volviendo a GARGARELLA, como buen defensor de la democracia deliberativa, este filósofo se opone al principio de supremacía constitucional y defiende que “la última palabra” no debe quedar radicada en los jueces. Sostiene que lo que los jueces pueden hacer es optar entre una variedad de soluciones: solicitar a los poderes políticos que expliciten los argumentos que estuvieron en la base de sus decisiones, solicitar que se vuelva a repensar o reelaborar sus decisiones anteriores, así como también pueden proponer una o más vías para hacer frente a un eventual inconstitucionalidad de alguna medida o norma adoptadas por los poderes políticos. Nunca deberían resolver en forma unilateral una discusión sobre derechos en un texto constitucional. Este proceso de “diálogo institucional” enriquecería el debate público acerca de cuestiones cruciales, en este caso referentes a derechos sociales. Como ya hemos señalado y veremos con profundidad más adelante, efectivamente son múltiples las posibilidades que existen para que la justicia constitucional pueda proteger los derechos sociales cumpliendo una función de control propia de un Estado constitucional sin por ello menoscabar las competencias de otros órganos y, en especial, del legislador. Cfr. GARGARELLA, R., “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.28-29.

3.- La regulación de los derechos sociales en las constituciones. Análisis de los diversos modelos

Los bienes como la educación, las prestaciones sanitarias, la vivienda, la seguridad social, la existencia de adecuadas condiciones de trabajo y otros cuya satisfacción en niveles mínimos es necesaria para poder tener una vida digna pueden ser asegurados de diversas maneras y cada sociedad ha asumido su propio modelo que varía dependiendo de factores políticos, económicos e incluso de su idiosincrasia⁶⁰. Lo anterior ha llevado a que las regulaciones jurídicas que se han adoptado han sido muy distintas en cada país, optándose en algunos casos por garantizar estos bienes a través de su reconocimiento como derechos en los textos constitucionales. En efecto, existen múltiples países que, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, han proclamado de manera explícita los derechos sociales. En Europa, podemos mencionar las Constituciones de Italia de 1947, de Grecia de 1975, de Portugal de 1976, de España de 1978 y de Bélgica de 1994. En América Latina la consagración de derechos sociales en los textos constitucionales fue la opción seguida, entre otros ordenamientos, por los de Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y, después, 2008) y, muy recientemente, Bolivia (2009). En África también muchos Estados han incorporado sendas listas de derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones, destacando los casos de Sudáfrica (1996), Nigeria (1999). En Asia también las constituciones más recientes han regulado derechos de corte socioeconómico, como ocurre con la Constitución de Tailandia (2007). En otros ordenamientos jurídicos la regulación de los derechos sociales se ha producido solamente a través de normas legales, de convenios colectivos o de la labor jurisprudencial. Este el caso, por ejemplo, de países anglosajones como Estados Unidos y el Reino Unido o del texto constitucional austriaco de 1920. En el caso de Francia la situación es bien particular pues los derechos sociales no se han

⁶⁰ Esto ha permitido a COSSIO DIAZ señalar que la definición de Estado social que es atribuible a ordenamientos jurídicos dispares “oculta grandes diferencias entre los postulados propios de cada ordenamiento, pues tanto los mínimos garantizados como las atribuciones estatales previstas para satisfacerlos, pueden variar”. COSSIO DIAZ, J., *op. cit.*, pp.32-33.

reconocido en los preceptos de las diversas constituciones pero la Constitución de 1958 se remite, en cuanto a la regulación de los derechos fundamentales, a diversas normas y entre ellas se encuentra el Preámbulo de la Constitución de 1946 que sí contempla derechos económicos y sociales que han sido aplicados en la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*⁶¹.

Por otra parte, el reconocimiento jurídico de estos bienes como auténticos derechos sociales constitucionales ha contribuido en algunas ocasiones a su realización pero en otras esas disposiciones no han tenido los efectos prácticos esperados pues ha habido constituciones con largas listas de derechos sociales que han estado muy lejos de hacerse realidad. Esta es, por ejemplo, la situación que se vive en muchos países de América Latina. En este contexto, se ha llegado a hablar de “derechos de papel” cuando los derechos sociales están establecidos en la Constitución pero no existen mecanismos para hacerlos valer ni esos derechos implican obligaciones mínimas poniendo en cuestión que su consagración constitucional sea efectivamente el mejor camino para lograr su realización⁶². En cambio, ha ocurrido que en países donde no se han establecido en las constituciones extensos catálogos de derechos sociales se han alcanzado igualmente elevados estándares de cumplimiento de los mismos como es el caso de la Constitución alemana de 1949, de algunos ordenamientos jurídicos escandinavos (Suecia, Dinamarca y Finlandia), del Reino Unido o de Canadá, lo que ha llevado a plantear que no es imprescindible la consagración de derechos sociales fundamentales para la existencia de un sistema de protección social que garantice prestaciones a los ciudadanos⁶³.

⁶¹ Cfr. CALAMO SPECCHIA, M., “La tutela e la promozione dei *droits sociaux* in Francia tra dimensione pubblica e dinamiche private: un modello aperto di democrazia sociale”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, CEDAM, 1999, pp.545-559.

⁶² Cfr. GARCÍA MORALES, A., *op. cit.*, p.115.

⁶³ Cfr. PILIA, R., *I diritti sociali*, Napoli, Jovene Editore, 2005, p.115; SÁNCHEZ, GONZÁLEZ, S. y PEREIRA MENAUT, A., “Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica”, en *Revista de derecho político*, Núm. 36, 1992, pp.266-267.

Las páginas siguientes serán dedicadas a un estudio de carácter muy general de diversos modelos constitucionales de regulación de los derechos sociales, abordando su reconocimiento en los textos constitucionales y el papel que ha desempeñado la justicia constitucional en su protección. Los modelos que se abordarán son los de Alemania, Italia, Chile, Colombia y Sudáfrica. Por diversas razones creemos que un estudio de estos modelos constitucionales y de su regulación de los derechos sociales puede ser de utilidad, desde una perspectiva comparada con el modelo español, cuyo examen será el objeto del capítulo siguiente.

En el caso de Alemania e Italia sus constituciones inspiraron en diversos aspectos a la Constitución Española de 1978. En particular, en lo referente al tratamiento de los derechos sociales, destaca el hecho que el constituyente español adoptó la cláusula del Estado social de Derecho de la Ley Federal Alemana de 1949 mientras de la Constitución italiana de 1947 se incorporó el principio de igualdad sustancial. Por otra parte, aún considerando la existencia de similitudes y diferencias con el sistema de justicia constitucional español, puede resultar provechosa la realización de una descripción general del rol que en esos ordenamientos le ha cabido a los jueces constitucionales en la protección de los derechos sociales.

Los modelos que configuran las constituciones de Chile de 1980 y de Colombia de 1991 pueden aportar otras cuestiones valiosas. En los dos casos se reconoce a los ciudadanos la posibilidad de recurrir ante el juez constitucional cuando se ha visto vulnerado algún derecho fundamental. Aunque el recurso previsto tiene características muy diferentes en los dos ordenamientos entre sí como con el modelo establecido en la Constitución española existe, como veremos, también más de algún elemento en común. Nos referimos especialmente a que en los casos de las constituciones de España, Colombia y Chile la principal garantía jurisdiccional para el resguardo y realización de los derechos constitucionales – respectivamente, el Recurso de Amparo, la Acción de Tutela y el Recurso de Protección- excluyen a la mayoría de los derechos sociales. En este contexto, es sin

duda de gran relevancia comparar la forma en que, con esa limitante, los jueces constitucionales han intervenido en cuestiones referentes a derechos sociales en cada uno de los ordenamientos.

El quinto modelo examinado será el sudafricano. De todos los casos analizados será sin duda el que más diferencias tiene con la realidad española. En efecto, aunque la constitución sudafricana surgió de un proceso pactado que tiene algunas semejanzas –y, también, muchas diferencias- con el que culminó en la Constitución Española actualmente vigente, las diferencias económicas, sociales y culturales entre ambas sociedades son de enorme calado. Nos parece que, precisamente considerando esas divergencias tan significativas, puede ser de especial interés abordar las principales características del reconocimiento de derechos sociales realizado en la Constitución Sudafricana de 1996 así como analizar las técnicas y argumentaciones utilizadas por la jurisprudencia constitucional de Sudáfrica –algunas, como veremos, muy de avanzada- en la protección de esta clase de derechos.

Por último, en la parte final de este apartado, describiremos la realización de los derechos sociales en aquellos Estados que tienen una estructura descentralizada donde esta clase de derechos pueden ser asegurados desde el nivel central y/o desde las unidades descentralizadas. Como veremos, en este último caso encontraremos Estados que son parte de los diferentes modelos descritos de regulación y protección de los derechos sociales constitucionales.

3.1.- Alemania

La Ley Federal Alemana de 1949 surge en un país devastado por los efectos de la Segunda Guerra Mundial y que asumía entre los ejes del nuevo periodo constitucional la protección de los derechos fundamentales, la limitación a los poderes públicos y el establecimiento de un robusto sistema de justicia constitucional.

Respecto de los derechos fundamentales, la Ley Fundamental los regula en el Capítulo I, entre los arts. 1 a 19. Los arts. 1 a 17 contienen disposiciones sustantivas que contienen fundamentalmente derechos civiles y consagran algunos valores, principios y mandatos al legislador. En los arts. 17A, 18 y 19 se regulan respectivamente, en cambio, las restricciones y privaciones a los derechos fundamentales.

En cuanto al sistema de justicia constitucional que impera con la vigencia de la Ley Federal de Alemania se trata de un sistema concentrado que contempla la existencia del Tribunal Constitucional alemán o *Bundesverfassungsgericht* (en adelante, BVerfG) como máximo intérprete de sus disposiciones cuyas funciones están consignadas en el art. 93.1. Entre ellas, destacamos por su relevancia en la tutela de los derechos fundamentales las siguientes:

- el control abstracto de constitucionalidad, que se activa cuando el Gobierno Federal, el Gobierno de un Land o un tercio de los miembros del *Land*, consideran que una norma dictada por el Estado central o por un Land es nula por ser incompatible con la Ley Fundamental;
- el control concreto de constitucionalidad, que se produce cuando un juez estima que una ley de la que dependa el fallo es contraria a la constitución;
- la posibilidad para los individuos de presentar un recurso directamente ante el BVerfG cuando consideren que se ha lesionado algún derecho fundamental establecido en la Ley Fundamental alemana⁶⁴.

⁶⁴ En este último caso, cabe señalar que, ante los miles de recursos individuales que debía resolver, el BVerfG elaboró una jurisprudencia restrictiva basada en el principio de subsidiariedad en virtud del cual el recurso directo sólo puede presentarse si no existen otras garantías jurisdiccionales y se considera indispensable para terminar con la violación del derecho fundamental. A lo anterior, se agrega que en 1993 se introdujo la posibilidad de que el BVerfG seleccionara los casos sobre los cuales se va a pronunciar. *Cfr.* PEGORARO, L., *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004, p.52.

En materia específicamente de derechos sociales, después de la Constitución de Weimar el constituyente alemán optó por no establecer un listado de esta clase de derechos. Ello, en opinión de algunos, se debió a que se impuso la voluntad de excluir normas puramente programáticas y dotar de carácter obligatorio a todas las disposiciones constitucionales⁶⁵.

No obstante lo anterior, en opinión de parte de la doctrina el caso de la Ley Fundamental alemana demuestra que también se puede proteger estos derechos aún cuando en la Constitución no se contemple una extensa lista que los enumere⁶⁶. En efecto, la Ley Fundamental de Bonn contiene muy pocas disposiciones que podrían ser catalogadas entre los derechos sociales, destacando el derecho de las madres a la protección y asistencia de la comunidad (art. 6.4) y el derecho de asociación para el efecto de conservar y mejorar las condiciones laborales y económicas (art. 9.3).

Sin embargo, aunque la Ley Federal alemana no contiene una extensa lista de derechos sociales sí está regida por la fórmula del Estado social y, como veremos, el Tribunal Constitucional alemán ha garantizado derechos sociales con un rango constitucional. El art. 20 de la Ley Federal de Alemania señala que “*La República Federal de Alemania es un estado federal democrático y social*” y el BVerfG ha afirmado que se trata de un principio que vincula a todos los órganos del Estado⁶⁷.

Esta protección de los derechos sociales con fundamento en el principio del Estado social se ha producido, en gran medida, en base a la idea de que sin libertad fáctica no se pueden realizar la libertad formal⁶⁸. Sus decisiones se han apoyado en la cláusula del Estado social (arts. 20.1 y 28.1), en la obligación de los poderes

⁶⁵ PALICI DI SUNI PRAT, E., “La dottrina tedesca in tema di diritti”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IX, Padova, 1999, p.1515.

⁶⁶ Es de esta opinión, entre otros, MARTÍNEZ ESTAY, J., *op. cit.*, p.48.

⁶⁷ *Cfr.* BVerfG 1, 105.

⁶⁸ *Cfr.* BVerfG 33, 303. Esta es una idea desarrollada en extenso por Robert ALEXY. *Cfr.* ALEXY, R., *op. cit.*, pp.486-501.

públicos de proteger la dignidad humana (art. 1.1), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1) y en el principio de igualdad (art. 3)⁶⁹.

Para explicar esta idea utilizada por el BVerfG, ALEXY utiliza el famoso caso del *numerus clausus* de 1972⁷⁰. Se trata de un supuesto jurisprudencial en el que los estudiantes exigieron a la justicia administrativa el cumplimiento del derecho a ser admitidos en las carreras universitarias de su elección en base al art. 12 que establece el derecho a la libre elección de la profesión. Los tribunales administrativos consultaron al BVerfG acerca de la constitucionalidad de las leyes que establecían el *numerus clausus*, esto es, la existencia de un número cerrado en las matrículas universitarias. El Tribunal resolvió declarar legítima la existencia del *numerus clausus* pero exigió algunos requisitos que debían cumplirse: a) que los criterios de selección a la carrera universitaria se fijasen en una ley y, b) que la elección y distribución de los solicitantes se efectuasen de acuerdo a criterios objetivos. En ese caso, el Tribunal fundamentado su decisión en el principio de igualdad señaló que “*el art. 12, N° 1 de la Constitución y el art. 3, N° 1, así como el principio del Estado social, garantizan, entonces, el derecho del ciudadano que cumpla con las condiciones de aceptación subjetivas a ser aceptado en la carrera universitaria de su elección*”⁷¹.

Posteriormente, otro caso donde el Tribunal Constitucional alemán tuvo una intervención importante en base al principio de igualdad fue el de las subvenciones a viviendas para personas que recibían asistencia social⁷². En dicha sentencia se dictaminó, con fundamento en dicho principio, aumentar el ámbito de aplicación de las subvenciones a quiénes no tenían derecho a la asistencia social.

⁶⁹ No obstante, esta forma de proteger de derechos sociales no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina alemana que ha sostenido la inconveniencia de garantizar derechos que, además de depender fundamentalmente del presupuesto estatal, entran en conflicto con los clásicos derechos civiles. *Cfr.* STERN, K., *op. cit.*, p.264.

⁷⁰ *Cfr.* ALEXY, R., *op. cit.*, pp.486-501. *Cfr.* BVerfG 43, 291.

⁷¹ *Cfr.* BVerfG 43, 291.

⁷² *Cfr.* BVerfG 27, 220.

El papel del BVerfG en materia de protección de los derechos sociales fue especialmente relevante durante la década del setenta y a inicios de los ochenta, especialmente para los sectores más vulnerables⁷³. En diversas sentencias, el Tribunal reconoció el valor de auténticos derechos subjetivos de los derechos sociales⁷⁴. Además el ya mencionado caso del *numerus clausus*, destaca la sentencia pronunciada en 1975 sobre asistencia social en la que se estableció que “*la asistencia social a personas necesitadas se sobreentiende como obligación del Estado social*” y que, respecto de los ciudadanos que han visto bloqueado su desarrollo por problemas físicos o mentales, “*el Estado debe asegurarles unas condiciones mínimas para una vida digna*”⁷⁵. Además de la jurisprudencia sobre el mínimo vital, la doctrina del BVerfG ha sido importante también en materia de no regresividad de los derechos sociales⁷⁶.

La cláusula del Estado social ha sido también utilizada para justificar la existencia de legislación social que pudiera colisionar con otros derechos fundamentales y, en particular, con el derecho de propiedad⁷⁷. En esta materia han sido relevantes los principios establecidos en el art. 15 de la Ley Federal de Alemania que habilita a los poderes públicos para realizar políticas de socialización de la tierra, recursos naturales y de los medios de producción.

Entre las sentencias que han justificado la existencia de medidas estatales vinculadas a la realización de derechos sociales destaca la sentencia 100, 271, I en la que algunos sindicatos presentaron recursos de amparo por violación del derecho de asociación del art. 9 de la Ley Federal alemana. En dicho pronunciamiento, el BVerfG afirmó que las reglamentaciones legales, que vinculan el otorgamiento de las

⁷³ Cfr. SCHMIDT, W., “I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XXXI, 1981, p.799.

⁷⁴ Cfr. SUÁREZ FRANCO, A., “Los límites constitucionales de las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.365.

⁷⁵ Cfr. BVerfG 40, 121.

⁷⁶ Vid. Capítulo VII.2.5, *infra*.

⁷⁷ Cfr. DÄUBLER, W., “Allemagne”, en ILIOPOULOS-STRANGAS, J. (Coord.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athènes – Bruxelles – Baden-Baden, Ant. N. Sakkoulas – Bruylant – Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p.67.

subvenciones laborales para la creación de empleos a determinados requisitos que pueden afectar la autonomía negocial están justificadas por el objetivo de crear nuevos puestos de trabajo en épocas de un alto nivel de desempleo. El Tribunal argumentó que *“el fin que se persigue con las disposiciones atacadas, combatir el desempleo masivo mediante la creación de puestos adicionales de trabajo, tiene rango constitucional. El legislador puede invocar el principio del Estado social (art. 20 num. 1 LF). Adicionalmente ayuda a los desempleados a que desarrollen su personalidad mediante el trabajo, para que de este modo experimenten respeto y auto respeto. En esta medida su fin es portador también de los cometidos del art. 1 num. 1 y el art. 2 num. 1 LF”*⁷⁸.

No obstante toda la jurisprudencia citada, es pertinente señalar que el BVerfG ha sido siempre muy cauto en el respeto del principio de libre configuración del legislador y ha afirmado al respecto que *“el principio del Estado social le impone al Estado una función, pero sin embargo no establece cómo debe cumplir esa función –si fuera de otra manera, el principio estaría en contraposición con el principio de democracia”*⁷⁹.

Por último, cabe señalar que la reunificación alemana significó la unión de un pueblo que había estado separado por decenios y que había vivido bajo dos ideologías políticas muy diferentes: la ideología liberal-democrática y la ideología socialista. En las “dos alemanias” se habían también concebido de manera muy diferentes los derechos fundamentales y el proceso de reunificación ha constituido también una oportunidad para renovar el interés en los derechos sociales.

3.2.- Italia

Al igual que en el caso de Alemania, en Italia también el nuevo periodo constitucional iniciado con la Asamblea Constituyente (1946-1947) y con la adopción de la Constitución de 1947 se sitúa en un ambiente en el que todavía están presentes fuertes divisiones y heridas como resultado del reciente conflicto bélico.

⁷⁸ BVerfG 100, 271, I.

⁷⁹ BVerfG 59, 231.

Por otra parte, después de finalizado el largo periodo fascista se hacía necesario consolidar un robusto sistema democrático y establecer los mecanismos adecuados de protección de los derechos fundamentales.

Precisamente, respecto a los derechos fundamentales, el constituyente italiano optó por enunciar una extensa lista de derechos y los reguló de manera principal pero no exclusiva en la Parte I de la siguiente forma: en el Título I (arts. 13 a 28) denominado “Rapporti Civili” se ubican los derechos civiles y políticos; en el Título II llamado “Rapporti Etico-Sociali” (arts. 29 a 34) se encuentran una parte de los derechos económicos, sociales y culturales acompañados de disposiciones que fijan mandatos al legislador en el orden social; en el Título III cuyo nombre es “Rapporti Economici” se regulan el resto los derechos laborales, el derecho de propiedad y diversos principios de la denominada “Costituzione Economica”; por último, en el Título IV bajo el apelativo de “Rapporti Civili” están normados los derechos políticos y de ciudadanía.

En cuanto al sistema de justicia constitucional italiano, se creó con la Constitución por primera vez la Corte Constitucional en un sistema mixto que une concentración y difusión, contempla hipótesis de acceso directo para resolver diferencias entre el Estado y las regiones y, hasta la reforma de 2001, también de control preventivo⁸⁰. Hay que considerar que en el derecho italiano no existe un recurso directo para que los ciudadanos puedan acudir ante el juez constitucional alegando la vulneración de algún derecho fundamental como en otros países para efectos y solamente se puede recurrir durante un proceso por “vía incidental”. Este mecanismo se puede activar cuando un juez ordinario o administrativo tiene una duda sobre la constitucionalidad de un precepto del texto constitucional y, en ese caso, el juez debe suspender el proceso y elevar una cuestión de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional. Si la cuestión es presentada por la parte el juez puede resolverla directamente si estima que es manifiestamente infundada. En cuanto al efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, en conformidad

⁸⁰ Cfr. PEGORARO, L., *op. cit.*, p.46.

a lo dispuesto en el art. 136 de la Constitución ella genera la pérdida de validez de la disposición legal desde el día siguiente de la publicación de la resolución de la Corte. Si, en cambio, se rechaza una cuestión de inconstitucionalidad los jueces ordinarios pueden volver a presentar una nueva cuestión.

Entrando a referirnos ahora de manera más específica a los derechos sociales contenidos en la Constitución italiana, podemos señalar que una primera característica de la consagración de éstos derechos en el ordenamiento jurídico italiano tiene relación con que, al igual que en otros países europeos como Portugal, Grecia y España, se optó por incorporar al texto constitucional una larga lista de derechos sociales. Entre los derechos sociales regulados en la Constitución italiana de 1947 se encuentran los siguientes: el derecho al trabajo (art. 4), el derecho a la salud (art. 32), el derecho a la educación (art. 34), el derecho a una remuneración justa y suficiente (art. 36), el derecho de la mujer trabajadora a la igualdad de trato (art. 37), el derecho a la seguridad social y los derechos de las personas discapacitadas (art. 38), el derecho a la libertad sindical (art. 39) y el derecho a la huelga (art. 40)⁸¹. Además, otras disposiciones también tienen importancia desde la perspectiva del Estado social como, por ejemplo, el art. 1 que declara solemnemente que “*Italia es una República democrática fundada en el trabajo*” y el art. 3.2 que expresa un mandato a los poderes públicos a fin de que persigan la igualdad sustancial.

Sucede, en todo caso, que no todos los derechos socioeconómicos contemplados en la Constitución italiana tienen la misma estructura, pues mientras algunos están redactados como auténticos derechos otros tienen la estructura de mandatos al legislador⁸² lo que ha llevado a calificar la regulación de los derechos

⁸¹ Para una revisión más completa de la lista de derechos sociales enumerados en la Constitución italiana de 1947 y su eficacia jurídica, *Vid.* CORSO, G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XXXI, 1981, pp.755-784.

⁸² Se pronuncian respecto a la diversidad de estructuras de los derechos sociales contenidos en la Constitución italiana proponiendo, en algunos casos, diferentes clasificaciones: GIORGIS, A., *op. cit.*, pp.111-114.; CORSO, G., *op. cit.*, p.756-757; ONIDA, V., *op. cit.*, pp.105-108; BALDASSARRE, A., *op. cit.*, pp.13-28.

sociales en el texto constitucional italiano como “una noción problemática”⁸³. En cuanto a la naturaleza jurídica de los que son propiamente derechos sociales constitucionales, la Corte Constitucional italiana ha aludido a ellos la mayoría de las veces como derechos fundamentales aunque, al mismo tiempo, ha señalado respecto de algunos que se requiere la *interpositio legislatoris* para su plena efectividad⁸⁴.

Acerca más propiamente del rol de protección de los derechos sociales por parte de la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar que la falta de un recurso directo no ha sido un obstáculo para que los jueces ordinarios⁸⁵ y la Corte Constitucional a través del control incidental hayan jugado un papel preponderante en la protección de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular. En esta intervención en materias sociales, la Corte ha debido buscar un equilibrio entre dos posiciones contrapuestas: una que plantea que ella no debe inmiscuirse en estos ámbitos o debe hacerlo de manera muy limitada para no vulnerar el principio de discrecionalidad del legislador y una segunda postura que ha sostenido permanentemente que la Corte Constitucional debe resguardar todas las disposiciones constitucionales y en especial las que se refieren a derechos fundamentales, se trate de los que vienen llamados derechos de libertad o de derechos sociales. Algunos defensores de esta segunda posición han señalado con firmeza que, en el ejercicio de esta función de protección de los derechos sociales, la justicia constitucional no debe tener el temor de invadir competencias del órgano legislador.

Por otra parte, creemos que se pueden distinguir diversas etapas en la jurisprudencia constitucional italiana sobre derechos sociales, predominando en algunos periodos una postura y en otros la posición contrapuesta. En esta oscilación

⁸³ PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, pp.19 y ss.

⁸⁴ Sólo como ejemplo, *Vid.* las siguientes sentencias de la Corte Constitucional italiana relativas a un derecho social que no está expresamente consagrado en el texto constitucional como es el caso del derecho a la vivienda: 49/1987, de 25 de marzo; 404/1988, de 24 de marzo-7 de abril; 252/1989, de 16-18 de mayo.

⁸⁵ Sobre la aplicación directa de varios derechos sociales constitucionales por parte de los jueces ordinarios en el ordenamiento jurídico italiano, *Vid.* BARTOLE, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp.163-203.

de la Corte ha incidido según varios autores la situación de la economía italiana⁸⁶. Así, en un primer periodo que puede denominarse como “fase expansiva” que, se enmarca entre los años 1956 a 1979 pero especialmente en los años cincuenta y sesenta, en Italia se produjo el afianzamiento del estado de bienestar con políticas de tipo keynesiano que incluso llegaban frecuentemente al denominado *deficit spending*⁸⁷. En esos casos, el Tribunal Constitucional planteaba que los posibles efectos de sus intervenciones en el déficit fiscal debían ser subsanados en el futuro con políticas dirigidas a equilibrar las finanzas públicas⁸⁸. La misma Corte Constitucional tuvo en este periodo una orientación expansiva con significativos efectos en los aumentos del gasto público⁸⁹, especialmente en el ámbito de la seguridad social⁹⁰.

Esa jurisprudencia no estuvo exenta de críticas y ha llevado a debatir profundamente la temática del “costo de las sentencias constitucionales”⁹¹. Se afirmó que por parte de la doctrina que la jurisprudencia constitucional formulada en el ámbito de los derechos sociales en las décadas de los setentas y ochenta contribuyó al aumento de la inflación y del déficit público⁹². De acuerdo a esta posición, la Corte no habría considerado suficientemente algunas normas de la Constitución italiana que tienen entre sus funciones impedir esas consecuencias

⁸⁶ Esta división cronológica ha sido realizada en especial por Amos ANDREONI y de manera similar por Carlo COLAPIETRO. Cfr. ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico: i percorsi costituzionali*, Torino, G. Giappichelli, 2006, pp.265-309; COLAPIETRO, C., *op. cit.*, pp.44 y ss.

⁸⁷ Una sentencia en la que la Corte Costituzionale razona sobre esta problemática es la N° 1/1966, de 7 de enero.

⁸⁸ Cfr. Corte Costituzionale, Italia: sentencia 142/1968, de 18 de diciembre.

⁸⁹ Cfr. ANDREONI, A., *op. cit.*, p.272.

⁹⁰ Vid. Corte Costituzionale, Italia: sentencias 24/1959, 34/1960, 35/1960, 2/1961, 28/1961, 75/1961, 38/1962, 65/1963, 84/1963 y 112/1963, 230/1974, 263/1976, 43/1981, 102/1982, 314/1985, 104/1996.

⁹¹ Se trata en extenso este tema en la siguiente obra colectiva: AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII.

⁹² El jurista Giovanni BOGNETTI se ha mostrado especialmente crítico de esta jurisprudencia de la Corte que ha llevado según él a perniciosos efectos para las finanzas públicas y la inflación. Cfr. BOGNETTI, G., “Social Rights, a Necessary Component of the Constitution? The Lesson of the Italian Case”, en BIEBER/WIDMER (Eds.), *L'espace constitutionnel européen, Der europäische Verfassungsraum, The European Constitutional Area*, Zürich, 1995, pp.85 y ss.

como son el art. 47 y especialmente el art. 81 apartado 4, que establece que toda ley que se traduzca en nuevos o mayores gastos tiene que indicar los medios económicos para enfrentar dichos gastos. En relación a esta última disposición se generaron discusiones sobre su aplicabilidad a las decisiones de la Corte que “cuestan”. La mayoría de la doctrina ha sostenido que dicho precepto se aplica al legislador pero no a la administración o a la Corte Constitucional⁹³, no siendo para ella una norma de competencia pero si una disposición de referencia, esto es, que debe ser considerada⁹⁴. De la misma forma es una opinión mayoritaria entre los constitucionalistas italianos que no le corresponde a la Corte definir el gasto público sino al legislador. No obstante, se ha dicho también que la distribución del gasto público puede eventualmente ser modificada por diversos factores y uno de ellos pueden ser las sentencias de la Corte en materias vinculadas a derechos sociales⁹⁵, tal como ocurre cuando la Corte estima como inconstitucional una ley que establece nuevos tributos y se produce en ese caso una falta de entradas fiscales⁹⁶.

Con posterioridad, se produce una “fase restrictiva” (1980-1995) que coincide con el ciclo recesivo mundial de los años setenta que se refleja también en Italia. Es emblemática en este nuevo contexto la sentencia 141/1980 de la Corte en la que se empieza a dar un mayor espacio a la discrecionalidad del legislador. Son significativas las palabras del entonces Presidente de la Corte Constitucional, Livio PALLADIN que se refiere de manera explícita a la necesidad de que la Corte

⁹³ *Vid.*, por todos: LUCIANI, M., “Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte Costituzionale”, en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.53-62.

⁹⁴ ZAGREBELSKY, G., “Problema in ordine ai costi delle sentenze costituzionali”, en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.113, 114 y 123.

⁹⁵ ONIDA, V., “Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento” en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.28-30.

⁹⁶ *Vid.*, por ejemplo, Corte Costituzionale, Italia: sentencias 42/1980, de 25 de marzo; 179/1976, de 14 de julio.

considere en sus sentencias la difícil situación de las finanzas públicas italianas⁹⁷. Esta nueva forma de enfrentar el problema de las “sentencias que cuestan” se refleja de manera evidente, por ejemplo, en algunos pronunciamientos de inicios de la década de los noventa como las sentencias 260/1990, de 23-25 de mayo; 128/1993, de 25 de marzo-1 de abril; 296/1993, de 24 de junio-1 de julio; 78/1995, de 6 de marzo.

Pero hay dos sentencias en las que este cambio de orientación asume un contenido más definido, una de inicios de los ochenta y, sobretodo, otra de comienzos de los noventa⁹⁸. Nos referimos a la sentencia 180/1982 sobre algunos derechos sociales de las personas discapacitadas y a la sentencia 455/1990 en materia de prestaciones sanitarias pues en dichos pronunciamientos, la Corte identifica algunos criterios para resolver los asuntos en los que están envueltos derechos sociales: a) la gradualidad como característica de actuación de los derechos sociales; b) la necesidad de valorar los límites puestos por el equilibrio presupuestario; c) la discrecionalidad del legislador para determinar los niveles de los derechos sociales y la imposibilidad de la Corte Constitucional de intervenir más allá del juicio de racionalidad; d) la aplicación de los criterios anteriores no pueden llevar a que la tutela asegurada por la Constitución se convierta en una protección meramente legislativa⁹⁹. No obstante esto último, el respeto por el principio democrático es muy fuerte en esta etapa y lleva incluso a la Corte en la sentencia 31/1986 a afirmar la existencia de una especie de “presunción de legitimidad”, en el sentido que se presupone que el legislador en el desarrollo del sistema de seguridad social ha considerado adecuadamente la efectiva disponibilidad presupuestaria¹⁰⁰.

⁹⁷ PALLADIN, L., *La giustizia costituzionale nel 1985*, Conferenza stampa del Presidente de la Corte Costituzionale, 23 de enero de 1986, en http://www.corte-costituzionale.com/informazione/interventi_dei_presidenti/interventideipresidential1981a1990/elazioniannuali_1981_1990.asp.

⁹⁸ *Cfr.* GRECO, R., “Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte Costituzionale”, en *Questione Giustizia*, Núm. 2-3, 1994, p.261.

⁹⁹ *Cfr.* Corte Costituzionale, Italia: sentencias 180/1982, de 25 de octubre, Considerando Jurídico 6; 455/1990, de 16 de octubre, Considerando Jurídico 3.

¹⁰⁰ *Cfr.* Corte Costituzionale, Italia: sentencia 31/1986, de 23 de enero, Considerando Jurídico 5.

Por otro lado, no obstante el periodo descrito (1980-1995) pueda considerarse restrictivo desde la perspectiva de la realización del ideal social de la Constitución italiana, se reafirma el rol de la Corte de proteger el contenido esencial de los derechos socioeconómicos y se continúa dictando múltiples sentencias *additive di prestazione*. Estas últimas se dictan incorporando a grupos excluidos de algún beneficio social para reparar la afectación al principio de igualdad y serán abordadas en el acápite final del presente capítulo.

Desde 1995 en cambio la Corte empieza a ponderar de plano en sus sentencias la “importancia de la disponibilidad de recursos”. Esta nueva etapa se desarrolla especialmente después de las polémicas suscitadas con la sentencia 240/1994. Una sentencia donde este nuevo criterio se muestra con claridad es la sentencia 78/1995 que parece dar mayor relevancia a las razones económicas que a la garantía de los derechos¹⁰¹.

En último término debemos destacar que desde el año 2000 se vislumbró por algunos años un regreso a la preponderancia de los derechos sociales por sobre los argumentos presupuestarios. En especial, las sentencias de la Corte Constitucional del año 2000 sobre los referéndum parecieran haber significado en su momento un cambio en la orientación de la Corte¹⁰² porque por primera vez se especificaron límites en la desregulación de diversos derechos sociales (todos los involucrados en los referéndum) como en el caso del derecho al trabajo donde se estableció que no puede derogarse la parte referida a la necesidad de una justa causa y de indemnización en los despidos.

Haciendo un balance del aporte de la intervención del juez constitucional italiano en la protección de los derechos sociales es relevante mencionar la

¹⁰¹ ANDREONI es especialmente crítico con los términos absolutos de dicha sentencia. *Cfr.* ANDREONI, A., *op. cit.*, p.303.

¹⁰² *Vid.* las siguientes sentencias del año 2000 de la Corte Costituzionale: 36, 39, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49.

importante aplicación de las sentencias *additive* di prestazione para la equiparación de grupos o sectores que se encuentran injustamente marginados de determinados beneficios sociales. Igualmente merece ser mencionada la existencia de diversas modalidades de dictámenes dirigidos al legislador para que sea éste quien remedie a la vulneración de disposiciones constitucionales concernientes a derechos sociales¹⁰³. Nos referimos, entre otras, a las sentencias *additive di principio, di monito e di rigetto condizionato*¹⁰⁴.

3.3.- Chile

La Constitución de Chile de 1980 actualmente vigente fue elaborada en plena dictadura militar (1973-1990) sin que existieran los canales de participación propios de un sistema democrático con lo cual el constituyente originario chileno adolece de serios problemas de legitimidad. Con posterioridad, se realizaron múltiples reformas siendo las más relevantes la de 1989 y la del año 2005.

En cuanto al sistema de justicia constitucional chileno, la Constitución de 1980 introdujo el Tribunal Constitucional y la reforma constitucional de 2005 modificó de manera importante su composición y sus facultades en relación al control constitucional de las leyes. Después de dicha reforma, el sistema de justicia constitucional se caracteriza por la existencia de un sistema mixto en el cual el Tribunal Constitucional ejerce tanto un control de carácter concentrado con efectos generales y otro también concentrado pero con efectos “*inter partes*”. Este último es desempeñado por el Tribunal cuando las partes de un proceso judicial ordinario presentan una cuestión de inconstitucionalidad. Sólo cumpliendo con algunos

¹⁰³ Se destaca este rol de la *Corte Costituzionale* en, entre otros, GIORGIS, A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1999, pp.58-85.

¹⁰⁴ El análisis de estas diversas técnicas serán estudiadas en la última parte de este capítulo.

requisitos puede tener el efecto de expulsar una norma legal del ordenamiento jurídico (Art. 93 N° 7)¹⁰⁵.

En lo referente a los derechos fundamentales éstos se encuentran contenidos en el Capítulo III denominado “De los derechos y deberes constitucionales”. La regulación misma de los derechos fundamentales se encuentra mayoritariamente en el art. 19, que tiene 26 numerales mientras los arts. 20 a 23 se refieren a las garantías jurisdiccionales y a los deberes constitucionales¹⁰⁶. Por su clara impronta neoliberal la Constitución chilena de 1980 otorga preponderancia a los derechos civiles y, en especial, al derecho de propiedad que es reglamentado de manera detallada en el mismo texto constitucional.

Respecto específicamente a los DESC como clase de derechos se eliminó la referencia que existía en el texto constitucional previo¹⁰⁷. Lo anterior no debe sorprender en el contexto político en que fue elaborado dicho texto constitucional, puesto que en el constituyente imperaba la visión en la que se consideraba impensable exigir que el Estado garantizara adecuadamente derechos sociales pues ellos requerirían de un rol excesivamente activo del Estado. En forma coherente con esa concepción ideológica, a través de las normas constitucionales que vienen denominadas como del “orden público económico” se estableció el rol subsidiario del Estado en la economía.

Podemos decir que en comparación con los tratados internacionales sobre la materia, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran débilmente consignados en la Constitución chilena de 1980 e, incluso, algunos ni siquiera

¹⁰⁵ Hasta la reforma del año 2005, el Tribunal Constitucional chileno compartía con la Corte Suprema el control de constitucionalidad, al conocer del recurso de “inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, que operaba como una cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁰⁶ No obstante, hay otros derechos fundamentales en capítulos diferentes como ocurre con el art. 13 que consagra el derecho al sufragio y el derecho a optar a cargos de elección popular.

¹⁰⁷ La anterior Constitución Política de 1925 reconocía a los DESC como una categoría digna de protección y una muestra de ello era su art. 10 N° 16, el cual decía que “el Estado adoptará las medidas que tiendan a la satisfacción de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y dignidad humana”.

aparecen mencionados. En otros supuestos se reconoce la posibilidad de “acceder libremente” al derecho social pero no se garantiza el derecho sustantivo mismo.

Revisemos de manera general la regulación constitucional de algunos derechos sociales. En cuanto a los derechos laborales, el texto constitucional reconoce en el art. 19 N° 16 el “*derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución*”. No se regula el “derecho a un trabajo digno”, ya que no se habla de remuneración mínima para los trabajadores ni de la existencia de un salario equitativo como ocurre en el PIDESC. En segundo lugar, se reconoce el derecho de sindicarse en el art. 19 N° 19, poniéndose énfasis en la voluntariedad de la afiliación sindical. Este derecho es precisamente incorporado a la Constitución porque se considera que se trata de una derivación del derecho de asociación y que su estructura se asemeja más a la de los derechos civiles y políticos que a la de los derechos económicos, sociales y culturales.

En el caso del derecho a la seguridad social se puede ver claramente manifestado el rol subsidiario del estado en la Constitución, ya que se establece en el art. 19 N° 18 inciso final que “*El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social*”. Otro derecho social relevante es el derecho a la protección de la salud, reconocido en el art. 19 N° 9 del texto constitucional. Se establece en dicha norma que al Estado le corresponde la coordinación y control de las acciones de salud y que “*es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud*”. Se consagra en el art. 19 N° 10 el derecho a la educación, estableciéndose que corresponde al Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles y la libertad de enseñanza, que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Por último, como una importante novedad, se contempla en el art. 19 N° 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En cuanto a los mecanismos constitucionales de protección de los derechos sociales se consagra una débil protección de los derechos económicos, sociales y

culturales pues en la mayoría de los casos en la Constitución de Chile no existen recursos judiciales para el caso de que sean violados. El art. 20 de la Constitución regula el Recurso de Protección –conocido también como acción de protección¹⁰⁸–, una novedad de la nueva constitución que tiene la función de entregar una acción rápida y eficaz para garantizar los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Su conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios de mayor jerarquía: las Cortes de Apelaciones en primera instancia y la Corte Suprema en segunda.

Sin embargo, de la lectura del art. 20 se puede desprender que en general el recurso de protección sólo se refiere a los llamados derechos civiles y políticos y no a los derechos económicos, sociales y culturales. Entre los derechos sociales contemplados en la Constitución chilena no están protegidos por el recurso de protección el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social. Existen otros derechos que están protegidos en determinados aspectos del derecho o bajo ciertas circunstancias. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la salud que está garantizado solo en lo relativo al apartado final del art. 19 N° 9, esto es, respecto al derecho a escoger el sistema de salud al que se desee acogerse, sea público o privado. La libertad de trabajo está protegida por el recurso de protección sólo en lo referente a la libre elección y la libre contratación del trabajo. En el caso del derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación el Recurso de Protección procede cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es afectado por un acto u omisión ilegal imputable a persona determinada¹⁰⁹.

Respecto a las motivaciones que llevaron a los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el principal argumento esgrimido fue que, en opinión del constituyente originario, la realización de los derechos económicos,

¹⁰⁸ Existe bastante consenso en la doctrina chilena en el sentido que el Recurso de Protección es más bien una acción constitucional.

¹⁰⁹ Antes del 2005 se podía interponer el Recurso de Protección sólo contra actos –no omisiones– arbitrarios e ilegales, exigiéndose la arbitrariedad e ilegalidad en forma copulativa y no disyuntiva como en el caso de los otros derechos fundamentales.

sociales y culturales depende de la capacidad económica del Estado en un momento determinado y, por tanto, no pueden ser exigidos a través de una acción judicial¹¹⁰.

Al Recurso de Protección deben agregarse otras garantías no jurisdiccionales establecidas respecto de los derechos sociales constitucionales. Nos referimos a la reserva de ley, a la garantía del contenido esencial y a la rigidez para reforma de los derechos fundamentales¹¹¹.

Por último, cabe mencionar que en virtud de la reforma constitucional de 1989 al art. 5 inciso 2¹¹², se incorpora a la Constitución chilena, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona, los cuales se encuentran garantizados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile. Esta reforma, unida a la ratificación, promulgación y publicación de diversos tratados de derechos humanos, implica que el Estado de Chile se somete al control regional e internacional que muchos de estos instrumentos consagran.

¹¹⁰ Son muy gráficas las palabras del comisionado Jaime GUZMÁN, quien señaló que: “*es evidente que el Recurso de Protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social y otros. Sólo puede establecerse un recurso judicial como el que analizamos, respecto de aquellos derechos cuyo ejercicio exige únicamente el que no se ha perturbado por la conducta ilegítima de la autoridad o de un particular, obstáculo que una vez removido por resolución judicial, basta para que el titular del derecho pueda disfrutar adecuadamente de él. De ahí la necesidad de enumerar taxativamente los derechos respecto de los cuales se concede el mencionado recurso*”. COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, sesión 407, celebrada el miércoles 9 de agosto de 1978.

¹¹¹ Para una visión general del conjunto de garantías aplicables a los derechos sociales reconocidos en la Constitución chilena, recomendamos: JORDÁN DÍAZ, T., “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, Núm. 2, 2007, pp.185-204.

¹¹² Con la reforma de 1989 el art. 5 inciso 2 quedó con la siguiente redacción: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”. Respecto a la jerarquía de los tratados de derechos humanos suscritos por Chile *Vid.*, en especial: INFANTE, M., “Los Tratados en el Derecho Interno Chileno: El Efecto de la Reforma Constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Núm. 2 y 3, Tomo I, año 1996, pp.277-297 y NOGUEIRA, H., “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Núm. 2 y 3, Tomo I, año 1996, pp.341-380.

En este contexto de desvaloración normativa de los derechos sociales constitucionales, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han brindado igualmente una cierta tutela a dichos derechos en base a la aplicación del principio de igualdad y a través la conexión o incorporación con derechos civiles y políticos incluidos en el Recurso de Protección¹¹³. En el caso del Tribunal Constitucional chileno, su jurisprudencia en la resolución de los Recursos de Inaplicabilidad también ha permitido proteger en algún grado los derechos sociales constitucionales, especialmente en sus fallos sobre el derecho a la protección de la salud.

Sin embargo, no obstante la utilización de esas formas de protección, la argumentación utilizada por los jueces constitucionales chilenos –los tribunales superiores de justicia del Poder Judicial respecto del Recurso de Protección y el Tribunal Constitucional en relación a la cuestión de constitucionalidad- no ha respondido en su gran mayoría a una finalidad protectora de los derechos sociales constitucionales. Lo anterior ha impedido, entre otras cosas, la determinación de su contenido esencial a través de la jurisprudencia constitucional. Además, la vía más frecuente para tutelar los derechos sociales ha sido la utilización del derecho de propiedad pero ello ha supuesto en múltiples ocasiones la existencia de razonamientos impregnados de lógicas iusprivatistas alejadas del compromiso igualitario que subyace a esta clase de derechos¹¹⁴.

¹¹³ La protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación constituye probablemente una excepción pues en ese caso se ha accedido en algunas circunstancias a tutelar ese derecho en forma directa por su inclusión entre los que permiten la interposición del Recurso de Protección. Para la revisión de la regulación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la jurisprudencia constitucional chilena dictada en relación a dicho derecho, *Vid.*, entre otros: BERMUDEZ SOTO, J., “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Núm. XXI, Año 2000, pp.9-26; SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp.89 y ss.

¹¹⁴ Se aconseja revisar en este punto, la jurisprudencia citada en: JORDÁN DÍAZ, T., *La protección de los Derechos Sociales: Modelos Comparados de Tutela Jurisdiccional (España y Chile)*, Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2008, pp.170 y ss.

Una excepción a lo anterior está dada por una reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a diversos derechos sociales y, en forma especial, por la sentencia 976 de 2008 que declaró inaplicable una disposición de la Ley de Isapres¹¹⁵ por vulnerar el art. 19 N° 2 (discriminación arbitraria) y N° 9, en lo referente a la libertad de elección del sistema. En ese fallo se reafirmó una doctrina expresada más tibiamente en pronunciamientos anteriores que le otorga el carácter de fundamentales a los derechos sociales constitucionales y se realzó su importancia en relación al valor de la dignidad humana. Además, en un pasaje de la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional vinculó a los derechos sociales constitucionales con el principio de supremacía constitucional al afirmar que:

“poner en duda su ‘practicabilidad’ de realización, es una idea confusa, porque esa ‘reserva de lo posible’ lleva a sostener que la Constitución ha de ser ‘desactivada’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización”¹¹⁶.

Para terminar esta breve descripción del modelo constitucional chileno de protección de los derechos sociales, quisiéramos señalar que en nuestra opinión sería importante que se llevaran a cabo reformas para ampliar del Recurso de Protección a los demás derechos sociales constitucionales puesto que no existe ninguna argumentación que pueda seguir sustentando el hecho que ante violaciones a derechos sociales como, por ejemplo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social regulados respectivamente en los arts. 19 N° 9 y 19 N° 18 no se pueda también interponer dicha acción constitucional¹¹⁷. Hace pocos años se presentó un proyecto de reforma constitucional¹¹⁸ que buscó ampliar esta acción al derecho a la educación del art. 19 N° 10 en los mismos términos establecidos para

¹¹⁵ Las Isapres o Instituciones de Salud Previsional son empresas privadas que otorgan los seguros de salud en Chile. La Ley que las regula es la Ley 18.993.

¹¹⁶ Tribunal Constitucional, Chile: Sentencia N° 976/2008, del 26 de junio, Considerando Jurídico 27.

¹¹⁷ De la misma opinión es, entre otros, PFEFFER URQUIAGA, E., “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de los derechos constitucionales en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 4, Núm. 2, 2006, p.106.

¹¹⁸ *Vid. Proyecto de Reforma constitucional que establece como deber del Estado velar por la calidad de la educación*, Santiago de Chile, 6 de junio de 2006.

el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación pero finalmente la iniciativa no tuvo éxito.

3.4.- Colombia

En Colombia, después de un proceso político marcado por un deseo generalizado de renovación del conjunto del sistema político, se llegó a la realización de la Asamblea Nacional Constituyente entre febrero y julio de 1991¹¹⁹. La Asamblea culminó con la aprobación de la Constitución colombiana de 1991 que según César Gaviria, Presidente de Colombia de la época, tiene entre sus principales características precisamente “que no nació de unas pocas plumas, sino de un gran debate democrático en el que participó todo el país”¹²⁰. La nueva Constitución finalmente aprobada cuenta con un texto extenso de 380 artículos y con reformas sustanciales respecto a casi todos los capítulos regulados en el texto constitucional anterior.

En cuanto al control constitucional de las leyes, es con la Constitución de 1991 que se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano el Tribunal Constitucional pues desde 1910 lo que existía era un sistema mixto caracterizado por un control de tipo difuso con efectos “*inter partes*”, y un control concentrado que ejercía la Corte Suprema con efectos “*erga omnes*”. Ahora, en cambio, mientras a la Corte de Constitucional le corresponde ejercer un control concentrado y con efectos “*erga omnes*”, se mantiene la existencia de un sistema difuso y con efectos “*inter partes*”.

¹¹⁹ Sobre una descripción del contexto en el que se realizó la Asamblea Constituyente en Colombia, Vid. UPRIMNY YEPES, R., “The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.128-131.

¹²⁰ Cfr. “Palabras del señor presidente César Gaviria Trujillo en la instalación de la Asamblea Constituyente”, en *Diario de la Asamblea nacional Constituyente*, Bogotá, martes 5 de febrero de 1991, pp.3 y 4.

Pero donde se puede hablar realmente de una verdadera transformación es en la regulación de los derechos fundamentales, tanto por su amplitud como por la incorporación de nuevas garantías y mecanismos de protección¹²¹. En primer lugar, se establece en el Título II una lista mucho más extensa de derechos entre los arts. 11 a 82 que subdivide de la siguiente forma: el Capítulo I (arts. 11 a 41) consagra los derechos civiles y políticos; el Capítulo II (arts. 42 al 77) contiene los derechos económicos, sociales y culturales y, por último, el Capítulo III (arts. 78 al 82) se refiere a los llamados derechos de tercera generación. Respecto a los instrumentos que permiten proteger los derechos fundamentales, éstos se encuentran contemplados el capítulo IV del mismo Título II (arts. 83 al 94). En el Capítulo V, último del Título II y conformado únicamente por el art. 95, se regulan los deberes y las obligaciones de los colombianos.

Acercas específicamente de los derechos sociales establecidos en el texto constitucional colombiano de 1991, debemos señalar que la enumeración es muy larga, resaltando la ampliación de los derechos laborales y las disposiciones vinculadas a la protección de las mujeres y de grupos como los niños, los ancianos y las personas discapacitadas. A la lista de derechos consagrados de manera explícita, se agrega la existencia de una cláusula contenida en el art. 94 que permite incorporar derechos de manera implícita.

Pero el carácter social de la Constitución colombiana no se desprende sólo del catálogo de derechos económicos sociales y culturales sino también de otras disposiciones como el art. 1 que define el Estado colombiano como un Estado social de Derecho “*fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”. Asimismo, otras normas constitucionales tienen un fuerte sentido social como, por ejemplo, los arts. 324 y 350 que exigen, respectivamente considerar a las “necesidades básicas insatisfechas” como condicionantes de la apropiación y distribución de partidas presupuestales y

¹²¹ *Vid.*, en el mismo sentido, FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Garantías para la protección de derechos en la Constitución colombiana de 1991: especial referencia a la acción de tutela”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 84, Abril-Junio 1994, p.182.

del gasto público social. En la misma dirección, la satisfacción de las necesidades básicas constituye una finalidad social del estado (art. 366), incluyéndose entre los medios para lograr ese objetivo la concesión de subsidios para el pago de tarifas de servicios públicos domiciliarios (art. 368).

Respecto a la eficacia de los derechos constitucionales contenidos en el texto constitucional, la opción del constituyente colombiano fue la de dotar de aplicabilidad directa sólo a una parte de los derechos civiles ya que el art. 85 enumera los derechos que tienen esta cualidad. De lo anterior, se desprende que los demás derechos civiles y políticos así como los derechos sociales y los de tercera generación serían de libre configuración legislativa lo que ha sido criticado por algunos porque conllevarían entender los derechos socioeconómicos como derechos de “segunda”¹²².

En cuanto específicamente a los medios jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales, mencionamos que están contenidos en el Capítulo IV del Título II y son principalmente la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones colectivas. Como mecanismo de protección también puede ser también utilizada la acción de inconstitucionalidad establecida en los arts. 241 y 242. Entre todas estas garantías, destaca, especialmente, la acción de tutela regulada en el art. 86 el cual establece en términos amplios que:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Dicha acción es de carácter subsidiario¹²³ y es conocida por los tribunales ordinarios de justicia aunque la Corte Constitucional ha ejercido igualmente una

¹²² NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 143, 2009, p.137.

¹²³ No obstante, de acuerdo al apartado tercero del art. 86 de la Constitución colombiana, la acción de tutela puede ser impetrada en forma directa cuando “*se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

importante labor en la revisión de los fallos que le tienen que ser remitidos en su totalidad¹²⁴.

Sobre la posibilidad de activar la acción de tutela en el caso de violaciones a los derechos sociales, el art. 86 CC establece que los derechos tutelables por esta acción son los “derechos fundamentales” y esto ha llevado a que se afirme que sólo están incluidos los que pertenecen al Capítulo I, esto es, los civiles y políticos¹²⁵. No obstante ello, la Corte Constitucional no ha tenido una jurisprudencia uniforme acerca de la fundamentalidad de los derechos constitucionales como tampoco respecto de la posibilidad de impetrar la Acción de Tutela para proteger los derechos sociales.

Así, ha sostenido que el art. 86 de la Constitución no debe interpretarse en un sentido que lleve a concluir que sólo están incluidos y son derechos fundamentales los derechos civiles y políticos. La Corte ha tendido desde sus comienzos más bien a establecer criterios que ayuden a determinar cuándo un derecho es fundamental y, de esta manera, en la sentencia T-002, de 8 de mayo de 1992, señaló que la ubicación de un artículo en el Capítulo I del título II de la Constitución no es un criterio suficiente para determinar la fundamentalidad de un derecho. En dicho fallo afirmó que lo central para que un derecho pueda ser considerado dentro de los incluidos en la acción de tutela sería, en cambio, lo siguiente: a) que el derecho sea esencial para la persona, y b) que el derecho tenga reconocimiento de fundamental en el texto constitucional¹²⁶.

¹²⁴ Para una revisión más detallada del procedimiento establecido para la acción de tutela, *Vid.* FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Garantías para la protección de derechos en la Constitución colombiana de 1991: especial referencia a la acción de tutela”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 84, Abril-Junio 1994, pp.181-197.

¹²⁵ *Cfr.* NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 143, 2009, p.140.

¹²⁶ *Cfr.* DURÁN RIVERA, W., Ponencia presentada en el Tercer Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá los días 20, 21 y 22 de abril de 2005, [<http://www.corteconstitucional.gov.co/encuentro/alcances%20y%20limites%20del%20amparo%20constitucional.Htm>], 5 de mayo de 2009.

Pero, como adelantamos, para determinar la naturaleza fundamental de un derecho no ha habido un criterio unívoco pues los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana en esta materia han sido dispares: en algunos casos se ha referido a los derechos fundamentales como los inherentes al ser humano; en otros, a su funcionalidad para la realización del valor de dignidad humana; en tercer lugar, ha afirmado que la fundamentalidad debe apreciarse en el supuesto concreto que se presenta; y, por último, ha otorgado el carácter de fundamentales a los derechos subjetivos de aplicación inmediata¹²⁷.

En ese marco, existe jurisprudencia constitucional que le niega el carácter de fundamentales a los derechos sociales y otra que se lo otorga. En este último caso, el fundamento ha variado señalándose que los derechos sociales constitucionales siempre son fundamentales, que lo son respecto de un contenido mínimo o de ciertos sectores de la población y, por último, en algunas sentencias se ha dicho que pueden serlo por conexión con otros derechos fundamentales¹²⁸.

En la práctica, es importante apuntar que poco tiempo después de la mencionada sentencia T-002 de 1992, la sentencia T-415, de 17 de junio de 1992, significó el inicio de una jurisprudencia constitucional que, a través de la acción de tutela, ha resguardado también el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales contemplados en el texto constitucional¹²⁹. De esta manera, se ha afirmado que la Corte ha reparado el tratamiento degradado de la Constitución a los derechos sociales¹³⁰.

¹²⁷ Cfr. CORTÉS NIETO, J.; ARIAS AMAYA, C.; y otros, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp.111-112.

¹²⁸ Cfr. CORTÉS NIETO, J.; ARIAS AMAYA, C.; y otros, *op. cit.*, pp.120 y ss.

¹²⁹ Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Garantías para la protección de derechos en la Constitución colombiana de 1991: especial referencia a la acción de tutela”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 84, Abril-Junio 1994, p.195.

¹³⁰ Cfr. NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 143, 2009, pp.133 y 147.

Al cabo de sus más de quince años de funcionamiento del modelo constitucional colombiano en materia de derechos sociales es posible afirmar que se ha producido una importante jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación a esta clase de derechos, ya por medio de la revisión de la acción de tutela, de sus resoluciones en las acciones populares o del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes¹³¹. La Corte ha destacado con sus pronunciamientos sobre el contenido mínimo de los derechos sociales, el principio de progresividad y la obligación de no retroceso¹³².

Este activismo de la Corte ha sido, por un lado, cuestionado porque puede derivar en una pérdida de legitimidad por inmiscuirse en terrenos políticos¹³³ y, por otro, alabado con el argumento que sus decisiones en defensa del cumplimiento de los derechos sociales se alzan como el paradigma de lo que debe hacer un juez constitucional que se rige por los postulados del ideal deliberativo¹³⁴.

En nuestro caso, coincidimos plenamente con la segunda postura pues múltiples fallos de la Corte Constitucional colombiana –que posteriormente revisaremos con detención- han resguardado el cumplimiento de los derechos

¹³¹ Respecto de los fallos de la Corte que han protegido o extendido el goce de derechos sociales como consecuencia del ejercicio de la función de revisión constitucional de las leyes, *Vel.*, por todas, la sentencias C-776/2003, de 9 de septiembre.

¹³² En cuanto específicamente a la obligación de no retroceso en la realización de derechos sociales, *Vel.* ARANGO, R., “La prohibición de retroceso en Colombia”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.153-171.

¹³³ Estas críticas no han permanecido sólo en la esfera académica sino que desde parte del mundo político se han intentado llevar a cabo reformas sustanciales a las facultades de la Corte Constitucional. Se piensa que durante el actual mandato del Presidente Uribe (2006-2010) el ejecutivo podrá ir cambiando a varios magistrados “progresistas” y, de esta manera, modificar el activismo de la Corte en materia de derechos sociales. *Cfr.* NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 143, 2009, pp.158-159.

¹³⁴ Así, GARGARELLA ha afirmado que la Corte Constitucional colombiana “representa, probablemente, la expresión más sofisticada de una Corte comprometida tanto con la aplicación de los derechos sociales como con la democracia deliberativa. La Corte colombiana ha tenido que decidir en numerosos casos relativos a los derechos sociales, y lo ha hecho respetando con mucho la deliberación democrática”. GARGARELLA, R., “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, en *Perfiles Latinoamericanos*, Núm. 028, Julio-Diciembre 2006, p.25.

sociales contenidos en el texto constitucional con sendas argumentaciones fundamentadas en los tratados internacionales de derechos humanos y dando vida jurídica a la cláusula del Estado social de Derecho consagrada en el art. 1. Además, en algunos supuestos jurisprudenciales, la Corte ha promovido con sus fallos el desarrollo de un diálogo con las instituciones políticas representativas.

3.5.- Sudáfrica

En Sudáfrica desde 1996 rige una constitución que se define como de transformación social. Es sin duda muy simbólico que Nelson Mandela, que por tantos años estuvo encarcelado como líder de la lucha contra el apartheid, haya firmado la nueva constitución el 10 de diciembre de 1996, día internacional de los derechos humanos. El texto constitucional entró en vigor el 4 de febrero de 1997. En su Preámbulo se señala que entre sus objetivos se encuentra el de *“sanar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en valores democráticos, justicia social y derechos humanos fundamentales”*. Entre sus principios más importantes se encuentra el de la *“eliminación del racismo y el sexismo”* y el *“logro de la igualdad”*.

En cuanto al sistema de justicia constitucional nos encontramos ante un sistema mixto que tiene tanto competencias propias de un sistema concentrado como de uno difuso. En cuanto a sus amplias atribuciones es decidor lo dispuesto en el art. 167(3)(a) en que se afirma que la Corte Constitucional de Sudáfrica *“es la corte más alta en todos los asuntos constitucionales”* pues le corresponden, entre otras, las siguientes facultades: ejercer el control previo de constitucionalidad (art. 167(4)(b)); tiene la última palabra en las declaraciones de inconstitucionalidad realizadas por los tribunales ordinarios (art. 167(5)) y puede conocer de asuntos que les son presentados directamente por parte de los ciudadanos (art. 167 (6)(a)).

El texto constitucional de ese país contiene una enumeración de derechos en el Capítulo II, entre los arts. 7 a 39. Dicho Capítulo tiene la denominación de *“Declaración de derechos individuales”* y comienza con la siguiente afirmación solemne del art. 7.1:

“La Declaración de Derechos Individuales es la piedra fundamental de la democracia en Sudáfrica. Los derechos de la población en nuestro país son sagrados y afirman los valores democráticos sobre la dignidad humana, la igualdad y libertad”.

Nos parece importante que en el caso de la constitución sudafricana los derechos fundamentales se encuentran regulados conjuntamente en un mismo capítulo y no en forma separada como sucede, por ejemplo, con los textos constitucionales de España y Colombia. Esta es una clara demostración de que se asume una noción de derechos que los concibe como interrelacionados e indivisibles¹³⁵.

A la enumeración de la “Declaración de derechos individuales” debe agregarse lo dispuesto en los arts. 39(1)(b) y 39(3) ya que el primero de ellos obliga a interpretar los derechos fundamentales considerando la “ley internacional” y, el segundo, permite invocar otros derechos no explícitamente consagrados en la constitución siempre y cuando estén en concordancia con la mencionada Declaración. Es digno de ser mencionado también el art. 8.2 que recepciona la doctrina alemana sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Respecto específicamente a los derechos económicos, sociales y culturales, éstos se encuentran contenidos entre los arts. 23 a 31. Además de los clásicos derechos sociales se incluyen también el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 24) y nuevos derechos como los derechos a la alimentación y al agua (art. 27(1)(b)), recogiendo con ello la doctrina más moderna del Derecho Internacional de Derechos Humanos¹³⁶.

El art. 38 asume especial relevancia porque se establece explícitamente la justiciabilidad de los todos los derechos incluidos en la “Declaración de derechos

¹³⁵ La misma opción fue adoptada en los textos constitucionales de Venezuela de 1999 y de Ecuador de 1998 y 2008.

¹³⁶ Cabe mencionar al respecto las Observaciones Generales del Comité de DESC sobre estos derechos: Observación general N° 15 (2002), *El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, 11-29 de noviembre de 2002; Observación general N° 12 (1999), *El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra, 12 de mayo de 1999.

individuales” y, por tanto, también los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles jurisdiccionalmente. Con esta opción del constituyente se rompen los tradicionales esquemas presentes en la mayoría de los textos constitucionales que han regulado los derechos civiles y políticos como derechos justiciables y los derechos sociales como de libre configuración del legislador. Esta forma de consagrar los derechos sociales en la Constitución de Sudáfrica se traduce en la configuración de un modelo muy poco frecuente pues contempla garantías jurisdiccionales similares a las contempladas para los derechos civiles.

Por otra parte, la legitimación activa establecida en el art. 38 para alegar la violación o amenaza de algún derecho fundamental es muy amplia pues se incluyen las siguientes posibilidades: las persona que actúan en su propio interés; las que actúan en nombre de otra persona que no puede hacerlo por sí misma; las que actúan en nombre de, o en el interés de, un grupo o clase de personas; la posibilidad de actuar en el interés público y, por últimos a las asociaciones que lo hagan en el interés de sus miembros.

Sin duda el hecho que una constitución reciente e innovadora como la sudafricana consagre los derechos sociales como plenamente exigibles es de suma relevancia para su realización pero no es de menor importancia la existencia de una jurisprudencia valiente y vanguardista que no ha dejado que las disposiciones constitucionales se conviertan en “papel mojado”. En especial, la jurisprudencia constitucional sudafricana en el ámbito de los derechos sociales se ha caracterizado por revisar la “razonabilidad” de las políticas públicas que los desarrollan, su protección por conexión con el principio de igualdad y la exigencia del cumplimiento de la obligación de respeto establecida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por otro lado, como veremos con detención más adelante, algunos de los casos resueltos por la Corte Constitucional sudafricana son citados entre los más emblemáticos en los que la justicia constitucional comparada ha jugado un rol relevante en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que ha hecho que se haga referencia a este tribunal como “la voz

institucional de los pobres”¹³⁷. Esto último es probablemente lo más relevante pues, a través de su jurisprudencia en casos de sobre derechos sociales, la Corte Constitucional se ha convertido en un órgano que ha contribuido a incorporar en el debate político los intereses de grupos excluidos¹³⁸.

No obstante, según algunos existen márgenes para avanzar mayormente en la protección jurisprudencial de los derechos sociales. Esta es la opinión de LIEBENBERG según la cual “en la actual jurisprudencia sobre derechos sociales hay un potencial considerable para la transformación” pero “la realización de este potencial depende de que los Tribunales interpreten los derechos sociales en forma sustantiva”¹³⁹. Esta interpretación implicaría entre otras cosas: poner en el centro del análisis de los jueces los demandantes con su historia y la naturaleza de la privación sufrida; adoptar medidas urgentes cuando existan privaciones que pongan en peligro de manera irreparable la vida o salud de individuos o grupos de personas; exigir medidas de supervisión que faciliten reformas estructurales que puedan ser necesarias para la satisfacción de determinados derechos sociales y la adopción de un discurso jurídico con una marcado énfasis en la búsqueda de justicia social¹⁴⁰.

¹³⁷ DUGARD, J. y ROUX, T., “The Record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.107 y 118-120.

¹³⁸ Esta función de aporte a la inclusión social y a la discusión política de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido celebrada, entre otros, en GARGARELLA, R., “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, en *Perfiles Latinoamericanos*, Núm. 028, Julio-Diciembre 2006, pp.23-24.

¹³⁹ LIEBENBERG, S., *op. cit.*, p.62.

¹⁴⁰ *Cfr.* LIEBENBERG, S., *op. cit.*, p.62-67.

3.6.- Consideraciones sobre la realización de los derechos sociales en países con Constituciones federales o con altos niveles de descentralización¹⁴¹

En el marco de la existencia de diversos modelos constitucionales de regulación de derechos sociales, corresponde formular algunas consideraciones generales acerca de aquellos Estados que tienen una estructura descentralizada. En esos ordenamientos se suele plantear la necesidad de equilibrar niveles importantes de pluralismo con mínimos de homogeneidad entre los entes regionales así como permitir la competencia entre ellos manteniendo a la vez mecanismos de solidaridad¹⁴², llegando a consagrar constitucionalmente el principio de solidaridad en España o dando lugar a lo que se conoció como “federalismo cooperativo” en Estados Unidos¹⁴³. En cuanto a la realización de los derechos sociales, ésta puede ser asegurada en el caso de los ordenamientos descentralizados tanto desde el nivel central como desde las unidades descentralizadas.

De inmediato, podemos señalar al respecto que en los modelos Estados federales o con elevados niveles de descentralización ha existido frecuentemente, respecto de la implementación de derechos sociales, una cierta tensión entre los que han defendido la existencia de una política social estatal unitaria y aquellos que, en cambio, han buscado asegurar en estas materias la mayor autonomía de las unidades regionales. La mayoría de las veces se ha llegado a soluciones intermedias pero permanece la tensión entre ambas posiciones.

Se ha sostenido que es de la lógica que sustenta los ordenamientos federales el hecho que le corresponda al Estado central garantizar los derechos fundamentales de las personas y que la consagración de derechos sociales ha aumentado el

¹⁴¹ En esta parte no nos referiremos al caso de España porque el modelo autonómico de derechos sociales será abordado en el capítulo siguiente.

¹⁴² HABERLE, P., “El federalismo y el regionalismo: una estructura modélica del Estado constitucional. Experiencias alemanas y proyectos. Memorándum para un proyecto español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 77, mayo/agosto 2006, p.11.

¹⁴³ Cfr. SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política: una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Madrid, Civitas, 2003, p.36.

intervencionismo del ente central¹⁴⁴. En la mayoría de estos ordenamientos existe una clara legitimación constitucional para que las instancias centrales puedan desarrollar políticas destinadas a asegurar ciertos niveles de uniformidad en las condiciones de bienestar social¹⁴⁵. De esta forma, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana ha afirmado que respecto a los “niveles esenciales” de las prestaciones sobre derechos civiles y sociales, éstos no deben entenderse en un sentido restringido y las competencias estatales del legislador que abarca todas las materias respecto a las cuales se deben establecer las normas necesarias para asegurar a todas las personas el goce de las prestaciones garantizadas como contenido esencial de tales derechos¹⁴⁶.

En algunos casos estos niveles de homogeneidad no se han logrado a través de la aplicación de la cláusula del Estado social sino de manera más indirecta. Así, por ejemplo, ocurrió en Estados Unidos con el surgimiento del sistema de seguridad social por medio de la *Social Security Act* de 1935 que fue formulada por el Congreso Federal a través de una cláusula comercial interpretada extensivamente en la medida en que se entendió que todo lo referente a las condiciones de trabajo incidía directamente en el mercado¹⁴⁷.

No obstante lo anterior, nos parece que es también consustancial a los Estados compuestos la existencia de una cierta diversidad normativa en los entes regionales y estas diferencias se expresan también en la esfera de los derechos sociales. Una manifestación de ello es que en la mayoría de los países descentralizados existen a nivel de las unidades territoriales declaraciones de derechos. Es el caso, por ejemplo, de Alemania, Suiza, Estados Unidos, Argentina e Italia. Inclusive, como bien se ha destacado, en algunos ordenamientos las cartas de

¹⁴⁴ Este planteamiento es formulado en NINATTI, S., “Catalogo dei diritti e centralizzazione delle competenze nelle esperienze federali: uno sguardo oltreoceano”, en DE SIERVO (a cura di), *Il difficile costituzionalismo europeo*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp.145-173.

¹⁴⁵ Cfr. SÁENZ ROYO, E., *op. cit.*, p.336.

¹⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional, Italia: Sentencia 282/ 2002, de 19 de junio, Considerando Jurídico 3.

¹⁴⁷ Cfr. GARCIA HERRERA, M. y MAESTRO BUELGA, G., “Regioni, territorio e protezione sociale nella crisi dello Stato Sociale”, en *Politica del Diritto*, anno XXXII, Núm. 1, marzo 2001, p.66.

derechos de los Estados miembros son anteriores a las declaraciones federales¹⁴⁸. En el caso italiano¹⁴⁹ –que es relevante por ser, entre los citados, el que más se asemeja en su nivel de descentralización a la realidad española- la *Corte Costituzionale* se ha pronunciado sobre el valor de estas declaraciones de derechos señalando que tendrían el valor de meras disposiciones programáticas¹⁵⁰.

En Estados Unidos es conocido que en un primer momento el avance en materia de derechos y, en especial de derechos sociales, por parte de las normativas de los Estados fue frenado por el Tribunal Supremo. En particular, es famoso el *caso Lochner vs. New York* de inicios del siglo pasado en el que el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de New York en la que se limitaba a 10 el número de horas diarias de trabajo en panaderías. Dicha sentencia, que se fundamentó en la falta de legislar de los Estados para legislar, se transformaría posteriormente en una limitación a la Federación a la hora de desarrollar reformas sociales en la época del *New Deal* hasta que en 1937 una serie de fallos permitieron, en opinión de algunos, que Estados Unidos se acercara al constitucionalismo social¹⁵¹.

Por otro lado, algunos han planteado que la generalización de los derechos sociales sería incompatible con la descentralización territorial. Se ha señalado, en efecto, que al ser el federalismo un resultado del pensamiento liberal, la

¹⁴⁸ ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela ‘multilevel’”, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 20, 2007, pp.254-255.

¹⁴⁹ Para una descripción del modelo italiano en cuanto a las competencias del Estado y de las regiones en la realización de los derechos constitucionales, *Vid.* BELLETTI, M., “Livelli essenziali delle prestazioni’ e ‘contenuto essenziale dei diritti’ nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”, en CALIFANO, L. (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2004, pp.181-212; BELLETTI, M., “I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del reparto per materia”, en *Le Regioni*, anno XXXI, Núm. 5, octubre 2006, pp.903-931; LUCIANI, M., “I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art.117, comma 2, lett. M), della Costituzione)”, en *Politica del Diritto*, vol. XXXIII, Núm. 3, septiembre 2002, pp.345-359.

¹⁵⁰ *Cfr.* Corte Costituzionale, Italia: sentencias 372, 378 y 379, todas del 29 de noviembre

¹⁵¹ Sobre el particular *Vid.* ROURA GÓMEZ, S., “Derechos Fundamentales y Estado políticamente descentralizado: el federalismo y la lucha por los derechos en los Estados Unidos”, en APARICIO PÉREZ, M. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Madrid, Cedecs, 2001, pp.653-654; FERRARA, G., “Eguaglianza e Federalismo”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, CEDAM, 2001, p.41.

incorporación del Estado social en países que cuentan con estructuras descentralizadas genera dificultades¹⁵².

Ante esta afirmación se ha planteado por otros que existen diversas experiencias en el Derecho comparado que permiten rebatir ese postulado, tales como el modelo alemán¹⁵³ o el canadiense¹⁵⁴. En algunos casos ha sucedido incluso que, en el contexto de la crisis del Estado social, la existencia de niveles de descentralización en la realización de derechos sociales ha permitido subsanar retrocesos sociales llevados adelante por los entes centrales¹⁵⁵ o, simplemente, ha significado que se pueda usufructuar de las ventajas de diversos niveles de protección¹⁵⁶.

4.- La justicia constitucional y las diversas técnicas y modalidades de intervención para la protección de los derechos sociales constitucionales

Al analizar las formas en que los diversos ordenamientos jurídicos regulan y aseguran de diferentes maneras los derechos sociales hemos realizado algunas referencias al rol que en ello le puede caber a la justicia constitucional. En este apartado intentaremos abordar de manera más sistemática los distintos tipos de pronunciamientos que puede adoptar un juez constitucional cuando se enfrenta a tener que resolver asuntos vinculados con derechos sociales. Como el lector podrá ver, las posibilidades son numerosas y variarán dependiendo de la naturaleza concreta de la cuestión y de las características del sistema de justicia constitucional

¹⁵² Cfr. SÁENZ ROYO, E., *op. cit.*, p.35.

¹⁵³ Cfr. GARCIA HERRERA, M. y MAESTRO BUELGA, G., *op. cit.*, p.67.

¹⁵⁴ Cfr. BIFULCO, D., “Cittadinanza sociale, eguaglianza e forma di Stato”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, CEDAM, 1999, pp.41-43.

¹⁵⁵ Cfr. SÁENZ ROYO, E., *op. cit.*, p.336.

¹⁵⁶ WOEHLING, J., “Etats composes et droits constitutionnalisés: convergences et divergences entre le federalisme et la protection des droits et libertés” en APARICIO PÉREZ, M. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Madrid, Cedecs, 2001, pp.333 y ss.

presente en el ordenamiento jurídico de que se trate¹⁵⁷. Realizaremos en esta parte una primera clasificación entre las sentencias que resuelven casos concretos con efectos “*inter partes*” y las que se pronuncian con efectos generales con un control de constitucionalidad de una ley, sea a través de un control concreto o abstracto. Dentro de estos dos grandes grupos de decisiones del juez constitucional nos referiremos de manera específica a los diversos tipos de intervenciones que se han utilizado para proteger los derechos sociales. La jurisprudencia constitucional que utilizaremos será fundamentalmente la de España y de los cinco ordenamientos jurídicos analizados pero, en el caso de que sea oportuno, citaremos también casos resueltos por la justicia constitucional de otros países.

4.1.- Sentencias que recaen sobre casos concretos con efectos “*inter partes*”

La jurisdicción constitucional en casos individuales que tienen un efecto “*inter partes*” es ciertamente la que menos dificultades presenta desde una perspectiva democrática, sea que se trate de un sistema concentrado o difuso de justicia constitucional. Es indudable que, cuando los efectos de la sentencia del juez constitucional se limitan al asunto concreto que ha sido sometido a su conocimiento, la posibilidad de entrar en conflictos con otros poderes del Estado se reduce o en caso de que se produzca es de menor intensidad. La mayor de las veces, en el uso de esta facultad la justicia constitucional no interferirá con las prerrogativas del legislador en la formación de las leyes.

Esta alternativa se contempla en los ordenamientos jurídicos que establecen la existencia de un recurso o acción para que las personas puedan, en forma individual o en grupo, solicitar ante el juez constitucional el reestablecimiento de un derecho constitucional social que se alega haber sido violado por una acción u omisión. También puede generarse cuando un juez de la jurisdicción ordinaria eleva

¹⁵⁷ Sobre las diversas alternativas de la justicia constitucional en casos referentes a derechos sociales, Vid. FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Oxford, Oxford Press, 2000, p.148.

una cuestión de inconstitucionalidad considerar que una norma podría adolecer de ser incompatible con el texto inconstitucional.

Revisemos, entonces, que puede hacer el juez constitucional en estos casos.

a) Solicitar directamente a la administración la adopción de una medida en un caso concreto por ser la única posible

Una primera posibilidad es que, en la resolución de un caso concreto, el juez constitucional sólo tenga una alternativa para proteger un derecho social que ha sido violado o puede verse afectado si no se actúa de una determinada manera con celeridad. Veamos algunos ejemplos en que se produce esta situación.

Un ámbito donde es muy probable que exista sólo una posibilidad que permita resguardar el derecho social afectado en un caso específico es el de la salud. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en Argentina en el *caso Beviacqua*¹⁵⁸. En dicha ocasión, la Corte Suprema de se país denegó un recurso extraordinario y confirmó la sentencia dictada en primera instancia y confirmada por la Cámara Federal que había resuelto que las razones dadas para suspender la asistencia médica a un niño resultaban incompatibles con las obligaciones primarias puestas a cargo del Estado Nacional como garante del sistema de salud y con los derechos a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general, todo ellos protegidos por diversos tratados internacionales de derechos humanos¹⁵⁹.

Nos interesa destacar en este caso que la Corte Suprema sentenció que para proteger la salud del niño que tenía una enfermedad grave a la médula la única alternativa para el bienestar del menor era la entrega de un medicamento específico

¹⁵⁸ *Cfr.* Corte Suprema de la Nación, Argentina: Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c / Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas s/recurso de hecho, 24 de octubre de 2000.

¹⁵⁹ *Cfr.* Corte Suprema de la Nación, Argentina: Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c / Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas s/recurso de hecho, 24 de octubre de 2000, párr. 5.

que los padres no podían financiar. Se resolvió entonces en este caso decidir directamente sobre la medida que debía ser adoptada en base a la urgencia que se requería y a que era evidente que se trataba de la única medida útil para resguardar la salud del niño.

b) Declarar la inconstitucionalidad de una disposición y hacerla inaplicable a un caso concreto

En España también se ha utilizado este mecanismo en el marco de su jurisdicción concreta de constitucionalidad, tanto respecto de recursos de amparo como de cuestiones de constitucionalidad que han sido presentadas a su conocimiento.

Así, por ejemplo, en la sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, en la que se presentó una cuestión de constitucionalidad alegando la inconstitucionalidad de la diferenciación que el art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (L.A.U.) realizaba en materia de subrogación en el contrato de arrendamiento pues sólo se otorgaba esta posibilidad al cónyuge sobreviviente y no a las personas que convivieron en forma equivalente pero sin contraer matrimonio. El TC declaró inconstitucional la norma por vulnerar el principio de igualdad y uno de los argumentos utilizados por el máximo Tribunal fue que el derecho a la vivienda consagrado en el art. 47 CE constituye un *“principio que exige del legislador -y de este Tribunal, al controlar sus normas- una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma fundamental”*¹⁶⁰.

El TC expresamente puntualizó que la declaración de inconstitucionalidad era para efectos que no pudiera aplicarse en el caso concreto la *“exclusión enjuiciada”*. Se dejó establecido que el alcance del fallo no implicaba establecer *“la nulidad de la regla legal que concede hoy al «cónyuge» el beneficio de la subrogación, resultado éste que, sobre no reparar en nada la discriminación apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en*

¹⁶⁰ STC: 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6°.

*virtud del art. 58.1 de la L.A.U., un derecho que no merece, claro está, tacha alguna de inconstitucionalidad*¹⁶¹.

c) Resolver casos concretos realizando exigencias a la administración con efectos “*inter partes*” pero con consecuencias más generales

En algunas circunstancias, la existencia de una determinada doctrina por parte del juez constitucional sobre algún tema relacionado con la realización de los derechos sociales puede tener efectos generales aunque sus pronunciamientos no sean formulados en el marco del control constitucional de las leyes. Ello sucede cuando se presentan múltiples recursos o acciones en casos individuales sobre derechos sociales y la reiteración de una doctrina jurisprudencial tiene implicancias de política general y, en especial, en términos presupuestarios.

Es el caso, por ejemplo, de lo que ocurrió en Colombia a partir de 1998 con la presentación de miles de recursos que cuestionaban ciertas restricciones impuestas en los planes de salud de parte de un organismo público denominado Instituto de Seguridad Social. La Corte Constitucional, en sus revisiones de los procesos activados a través de la acción de tutela conectando el derecho a la vida con el derecho a la salud, ha fallado en forma reiterada dando lugar a los solicitado por los litigantes y ordenando al Estado que les provea de los servicios de salud que no están expresamente contemplados en la ley. Sólo durante 1998, el cumplimiento del Estado de los fallos de la Corte Constitucional dictados en esta materia significó un importante desembolso de recursos públicos de varios millones de dólares lo que, por cierto, se ha traducido en un fuerte debate público acerca del rol que le cabe a la justicia constitucional colombiana en la protección del derecho a la salud¹⁶².

¹⁶¹ STC: 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7°.

¹⁶² *Cfr.* UPRIMNY YEPES, R., “The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, p.134.

d) Modificar o anular una sentencia de tribunales ordinarios

Una forma de intervención de la justicia constitucional es la que conlleva una modificación o anulación de una sentencia dictada por un tribunal ordinario en un caso concreto. En este caso no existe un conflicto entre la justicia constitucional y la Administración o el Legislador sino con los tribunales ordinarios, especialmente en los casos en que se contempla un sistema de justicia constitucional concentrado. Este modelo de intervención puede, como veremos, ser utilizada para resguardar derechos sociales de manera directa o en conexión con otros derechos fundamentales.

En España, un caso que ejemplifica muy bien como este tipo de resoluciones pueden resultar protectoras de derechos sociales es el de la STC 155/1998, de 17 de julio. En dicho supuesto, los convivientes “*more uxorio*” no pudieron contraer matrimonio mientras duró su relación porque en aquel momento no existía en nuestro ordenamiento posibilidad alguna de que el conviviente arrendatario consiguiese el divorcio.

El Tribunal Constitucional presupone que tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, las parejas que mantuvieron una relación de convivencia antes de esa fecha –como ocurre en el caso en cuestión- se vieron jurídicamente impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia.

En este contexto, aunque en el caso sometido a conocimiento del TC nominalmente el contrato de arrendamiento se suscribió a nombre de uno de los convivientes en realidad tiende a amparar toda una situación familiar de tal modo que si uno de los convivientes –que, para estos efectos, se asimilan a cónyuges- abandona el hogar de hecho el otro conviviente puede permanecer en la vivienda pues gozaba de la situación jurídica de coarrendatario.

Por lo mismo, el TC cuestionó la legitimidad constitucional de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que declaró, a petición del arrendador, la resolución del contrato arrendaticio con fundamento en que el arrendatario había abandonado la vivienda y que su ocupante actual carecía de título válido para permanecer en la misma por lo que se había producido una situación de cesión o subarriendo inconsentido.

El TC sentenció en base a los argumentos anteriormente mencionados que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid había vulnerado el derecho a la igualdad de la recurrente y para restablecerle en su derecho se resolvió anular dicha sentencia para que la Audiencia Provincial de Madrid dictara otra en la que se respete su derecho a la igualdad.

Este caso nos muestra que la anulación de una sentencia de un tribunal ordinario de justicia por parte del Tribunal Constitucional español puede resultar protectora de un derecho social como es el derecho a la vivienda en relación al principio de igualdad.

e) Exigir el cumplimiento de una política pública ya definida o la adopción de una política pública pero establecer en detalle su contenido

Un primer caso que nos parece importante citar entre aquellos en que, a través de la resolución de un caso concreto se generan efectos más generales en las políticas públicas pero dejando en manos de los poderes públicos su reglamentación específica, es el *caso Grootboom* resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica¹⁶³, sin duda uno de los más famosos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

En este supuesto jurisprudencial una comunidad de ocupantes ilegales que había sido desalojada de un asentamiento informal construyó viviendas precarias sin

¹⁶³ *Cfr.* Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others* 2000 (11) BCLR 1169 (CC), de 4 de octubre de 2000.

tener acceso a los principales servicios básicos. La Corte Constitucional sostuvo en este caso que el art. 26 referente al derecho a la vivienda obliga al Estado a formular y ejecutar un plan de viviendas coordinado y coherente. Lo fundamental del planteamiento de la Corte fue el análisis de “razonabilidad” de las medidas adoptadas por el Estado. La Corte afirmó que, al no asistir a quienes se encontraban en una situación de extrema necesidad, el gobierno había omitido tomar medidas razonables para lograr la aplicación progresiva del derecho a la vivienda.

El fallo de la Corte tuvo efectos en dos planos distintos. En el caso concreto, los demandantes recibieron servicios básicos como consecuencia de un acuerdo alcanzado ante la Corte Constitucional, pero debido a que los resultados no fueron los esperados se inició otra demanda para exigir el cumplimiento de lo acordado ante la Corte.

De manera más general, la Corte ordenó a los diversos gobiernos locales “*formular, financiar, implementar y supervisar medidas para aliviar a quienes se encuentren en una situación de extrema necesidad*”¹⁶⁴. La Comisión de Derechos Humanos de Sudáfrica acordó monitorear y, de ser necesario, informar acerca de la implementación de dicha orden. Es posible afirmar que la sentencia incidió fuertemente en la política habitacional de Sudáfrica puesto que la mayoría de los ayuntamientos introdujo una “partida Grootboom” en sus presupuestos para satisfacer las necesidades de los grupos de personas más necesitadas.

En cuanto al razonamiento de la Corte éste en una primera lectura puede parecer objetable desde una perspectiva democrática pues la justicia constitucional interfiere una política pública evaluando si ella es o no razonable. No obstante, es también efectivo que una política pública que no busque siquiera asegurar un contenido mínimo de un derecho social asegurado en un texto constitucional para los grupos más vulnerables—como sucedió en el *caso Grootboom*—significa un vaciamiento de ese derecho. Más aún si ese Estado ha ratificado el PIDESC pues el

¹⁶⁴ Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others* 2000 (11) BCLR 1169 (CC), de 4 de octubre de 2000, párr. 43-44.

Comité de DESC ha manifestado que “*aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad*”¹⁶⁵ mediante la *adopción de programas de relativo bajo costo*”¹⁶⁶. Por lo anterior, creemos que en el caso en cuestión la Corte sudafricana no hizo otra cosa que dar cumplimiento a los preceptos constitucionales sin señalar el contenido específico de la política pública que debe desarrollarse sino más bien fijando un criterio básico que debe cumplir: resguardar en forma prioritaria los intereses de los sectores más desaventajados. Nos parece que este tipo de pronunciamientos no cierran el proceso deliberativo sino que, al contrario, lo reactivan exigiendo sólo que en la formulación de políticas públicas se cumpla con ciertos estándares mínimos vinculados con la protección de derechos constitucionales.

Por último, no puede faltar en esta parte una mención a la doctrina acuñada por la jurisprudencia constitucional colombiana del “estado de cosas inconstitucional” y su con su impacto en materia de derechos sociales. Si bien son varios los casos en los que la Corte Constitucional colombiana ha aplicado esa doctrina, la sentencia paradigmática en materia de derechos sociales es la del año 2004 que recayó sobre la situación de las personas desplazadas¹⁶⁷.

Como es sabido, en Colombia el conflicto bélico que se arrastra hace décadas ha generado que muchas personas hayan tenido que abandonar sus viviendas y se han trasladado a lugares donde carecen de bienes sociales básicos. En este contexto, la Corte Constitucional colombiana en su revisión de la Acción de Tutela, después de varios casos similares referentes a personas desplazadas utilizó su doctrina del

¹⁶⁵ Las negritas son nuestras.

¹⁶⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general N° 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr. 12.

¹⁶⁷ *Cfr.* Corte Constitucional, Colombia: T-025 de 2004, de 22 de enero.

“estado de cosas inconstitucional”¹⁶⁸ para representar la necesidad de adoptar reformas estructurales ante una situación en la que, especialmente por omisión de los poderes públicos, se encontraban afectados gravemente tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales de las personas desplazadas, en una clara muestra del principio de interrelación e interdependencia de los derechos humanos.

De acuerdo a lo afirmado por la Corte en esta sentencia, el “estado de cosas inconstitucional” se produce cuando:

“(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales”¹⁶⁹.

Hay dos cuestiones respecto a este caso que nos interesa destacar. La primera es que se aplicó la mencionada doctrina para proteger los derechos sociales a la vivienda, a la salud y a la educación de las personas desplazadas. Destaca particularmente el hecho que el grupo protegido a través de este fallo constituye un sector numéricamente relevante de la población colombiana, pues se estima que las personas desplazadas alcanzan aproximadamente los 3 millones (alrededor de un 8%)¹⁷⁰.

El segundo aspecto de interés es que en esta sentencia se fijó un cronograma con plazos y exigencias precisas dirigidas a distintos órganos estatales. Desde la sentencia dictada en enero del 2004 hasta el día de hoy se ha desarrollado un

¹⁶⁸ Dicho concepto fue elaborado por primera vez por parte de la Corte Constitucional colombiana en la sentencia SU-559/97, de 6 de noviembre, sobre la omisión de dos municipios de afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En ese caso, la Corte señaló que existía un “generalizado incumplimiento” de las autoridades que afectaba, entre otros, el derecho a la igualdad. Cfr. Corte Constitucional, Colombia: SU-559 de 1997, de 6 de noviembre, considerando 33.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Colombia: T-025 de 2004, de 22 de enero, considerando 7.

¹⁷⁰ Los datos son de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado. Cfr. http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52, 15 de junio de 2009.

proceso de verificación que ha tenido por finalidad evaluar las dificultades y avances en el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte¹⁷¹.

f) Exigir la adopción de una política pública determinada

Después de haber revisado algunos casos en que los jueces constitucionales han exigido a los poderes públicos la realización de una política pública sin especificar su contenido, nos referiremos al supuesto en que, en cambio, la justicia constitucional instruye de manera precisa la política que debe adoptarse. Este tipo de decisiones pueden claramente resultar más complejas desde la perspectiva del respeto al principio democrático. No obstante ello puede ocurrir que una actuación de este tipo sea la única posible y que, de no adecuar una determinada política pública a lo resuelto por la justicia constitucional, se produzcan consecuencias irremediables. Hipótesis con estas características se pueden presentar especialmente en el ámbito del derecho a la salud. Enseguida mencionaremos algún ejemplo de ello.

Un caso importante que ejemplifica esta forma de intervención por parte de la justicia constitucional es el *caso Viceconte, Mariela*¹⁷², en el que a través de la acción de amparo colectiva contemplada en la Constitución argentina se solicitó la elaboración de la vacuna para contrarrestar una enfermedad endemo-epidémica llamada fiebre hemorrágica argentina.

En primera instancia el amparo fue rechazado puesto que, la jueza consideró que como existía una previsión presupuestaria para el desarrollo de esa vacuna no podía exigir nada más al gobierno y, además, señaló que excedía el marco del

¹⁷¹ De todas formas, en el auto Núm. 8 del año 2009, de 26 de enero, la Corte decidió no levantar el “Estado de Cosas Inconstitucional” pues afirmó en el primer punto de la parte resolutive que “*persiste el estado de cosas inconstitucional, a pesar de los avances logrados*” y que “*a pesar de los logros alcanzados en algunos derechos, aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado*”.

¹⁷² *Cfr.* Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Argentina: “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, sentencia de 2 de junio de 1998.

amparo judicial garantizar el acceso a la medicación de todos los habitantes de las zonas afectadas.

Sin embargo, en el transcurso del año 1998, la Cámara de Apelaciones dio lugar a la acción. En la sentencia se estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y se fijó un plazo para el cumplimiento de esta obligación, tomando en consideración los plazos del cronograma oficial que pasaron a tener valor de plazos legales. Los magistrados fundaron esta obligación del Estado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, incorporados al derecho interno con jerarquía constitucional. Por otro lado, la sentencia reafirmó el rol de garante del Estado en relación con el derecho a la salud cuando determinadas prestaciones no resultan rentables o convenientes para la actividad privada¹⁷³.

Durante el proceso de ejecución de sentencia el tribunal de apelaciones ejerció una importante labor de fiscalización del cumplimiento de las medidas ordenadas y controló la ejecución del presupuesto destinado a la producción de la vacuna. Se inició de esta forma una etapa interesante en el caso, centrada en el control sobre la gestión y ejecución del presupuesto destinado a proteger el derecho a la salud. En ella, se celebraron audiencias entre las partes e incluso la Cámara citó al Ministro de Salud quien debió informar los motivos por los cuales, a más de tres años de dictada la sentencia, la vacuna aún no se estaba produciendo. Los jueces ordenaron una auditoría sobre el control de la gestión del cronograma para producir la vacuna y en el 2001 requirieron al Poder Ejecutivo información sobre la inclusión de fondos destinados a la producción de Candid 1 en el proyecto de ley de presupuesto.

Desde entonces la justicia ha supervisado periódicamente el cumplimiento del cronograma, hasta que en la última audiencia celebrada en septiembre de 2006,

¹⁷³ El Tribunal afirmó al respecto que “*Sin embargo, cuando en un caso determinado no está previsto -por razones de conveniencia económica o interés comercial- que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad*”. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Argentina: “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, sentencia de 2 de junio de 1998, párr. X.

se anunció que la vacuna ya contaba con la debida autorización y registro por parte de la autoridad sanitaria para ser aplicada en adultos, y que se contaban con numerosas dosis fabricadas en Argentina para comenzar con la campaña de vacunación.

El caso ejemplifica el rol positivo que el Poder Judicial puede desempeñar en el control de políticas públicas, así como en la asignación y ejecución de partidas presupuestarias. Sin embargo, hay que aclarar que el tribunal se limitó a exigir judicialmente medidas de política pública ya asumidas por el Estado sin cuestionar esas medidas pero modificando su carácter de discrecional en obligación legal. En este sentido, el caso refleja el “diálogo” que puede entablarse entre los poderes políticos del Estado y la judicatura, en el que cada uno ejerce sus respectivas competencias institucionales, en pro del efectivo cumplimiento del derecho a la salud. Este caso es asimismo ilustrativo respecto de los numerosos obstáculos que puede enfrentar la ejecución de decisiones judiciales que involucran reformas estructurales que pueden prolongarse durante largos años y que en general demandan la intervención coordinada de numerosos y diferentes actores.

Un segundo ejemplo está constituido por el *caso TAC* resuelto por la jurisprudencia constitucional sudafricana¹⁷⁴. En este caso el gobierno estaba desarrollando una política pública para enfrentar el VIH-SIDA en la que estaba contemplado suministrar la droga antirretroviral sólo en 18 lugares pilotos. La Corte Constitucional nuevamente utilizó el estándar de la razonabilidad descrito anteriormente para medir la supuesta violación del derecho a la atención médica consagrado en los arts. 27(1) y 28(1)(c) de la Constitución de Sudáfrica.

La Corte consideró no razonables las justificaciones basadas en la falta de recursos y concluyó que el gobierno no había adoptado las medidas requeridas para

¹⁷⁴ *Cfr.* Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Minister of Health y Treatment Action Campaign (TAC) 2002 (5) SA 721 (CC)*, de 5 de Julio de 2002.

asegurar el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida¹⁷⁵. En su resolución impuso al gobierno que ampliara la distribución de la droga antirretroviral para reducir la transmisión del VIH de madres a hijos¹⁷⁶.

En esta situación es evidente que se buscó preservar la vida y la salud de las personas que no podían acceder al tratamiento contra el VIH y que su otorgamiento era la única solución. ¿Es coherente la decisión de la Corte Constitucional sudafricana con el respeto que se debe al principio democrático? Creemos que sí. Nos parece que dicho principio no puede entenderse en un sentido tan radical que inhiba a la justicia constitucional de exigir la única solución posible ante violaciones graves a los derechos humanos que, si persisten, pueden tener efectos irreversibles. En esas situaciones y, estando claro que no existen otras alternativas que puedan cumplir con el mismo objetivo, en nuestra opinión los jueces constitucional están legitimados para intervenir señalando la política pública o medida concreta que se debe seguir.

4.2.- Sentencias que se dictan como resultado del control constitucional de las leyes

En el marco del control constitucional de las leyes, ya sea a través de la modalidad de control incidental o la de control abstracto, los jueces constitucionales pueden tener que enfrentarse a disposiciones legales que se encuentran en abierta contradicción con el texto constitucional. Esta hipótesis de intervención de la justicia constitucional es, sin duda, la que mayormente genera problemas en relación a la objeción democrática¹⁷⁷. No obstante, compartimos en este trabajo la posición señalada por diversos autores que han planteado que el juez constitucional tiene diversas posibilidades y no debe quedar pasivo ante flagrantes violaciones de

¹⁷⁵ Cfr. Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Minister of Health y Treatment Action Campaign (TAC) 2002 (5) SA 721 (CC)*, de 5 de Julio de 2002, párr. 73 y 125.

¹⁷⁶ Cfr. Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Minister of Health y Treatment Action Campaign (TAC) 2002 (5) SA 721 (CC)*, de 5 de Julio de 2002, párr. 135.

¹⁷⁷ Cfr. MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, p.136.

derechos sociales constitucionales por parte del legislador¹⁷⁸. Revisaremos en las páginas siguientes algunas de esas posibilidades apoyándonos en casos concretos que ha resuelto la jurisprudencia constitucional en diversos ordenamientos jurídicos.

a) Declarar la inconstitucionalidad de una disposición sin resolver la adopción de alguna medida o no declarar la inconstitucionalidad existiendo mérito para ello

En estas situaciones se asume el principio de división de poderes en un “sentido fuerte” que no permite a la justicia constitucional exigir la adopción de medidas a los poderes públicos.

No obstante, aún en estos casos, la intervención del juez constitucional no está exenta de valor jurídico y consecuencias prácticas. La declaración de que el Estado de encuentra en incumplimiento respecto del cumplimiento de mandatos constitucionales puede desencadenar debates públicos y/o actuar la actuación de los órganos que se encuentran en mora¹⁷⁹.

Una situación todavía más extrema se ha dado en el caso de la justicia constitucional italiana, donde se han emitido sentencias que no declaran la inconstitucionalidad en un asunto por existir demasiadas alternativas o por evitar producir un vacío normativo.

En el primer caso estamos frente a un tipo de pronunciamiento denominado “inadmisibilidad por exceso de fundamento”¹⁸⁰ que ha sido emitido por parte de la

¹⁷⁸ Así, por ejemplo, según ALEXY las posibilidades que en estos casos tiene el Tribunal Constitucional alemán pueden ir “desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p.497.

¹⁷⁹ Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, pp.159-160.

¹⁸⁰ La expresión ha sido formulada por el jurista y ex presidente de la Corte Constitucional italiana Valerio ONIDA. Cfr. ONIDA, V., “Giudizio di Costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del parlamento”, en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della*

Corte Constitucional italiana en cuestiones referentes a la protección de derechos sociales constitucionales¹⁸¹. Se trata de situaciones en que existe inconstitucionalidad pero la Corte no ha admitido a tramitación la cuestión por existir demasiadas posibilidades para solucionarla y por evitar invadir la discrecionalidad del legislador. Sin embargo, la norma es inconstitucional por lo cual la solución señalada no nos parece la más adecuada¹⁸².

La segunda hipótesis, siempre dentro de la justicia constitucional italiana, es aquella conformada por las sentencias denominadas “de inconstitucionalidad constatada pero no declarada”. En esta clase de supuestos se ha rechazado o declarado inadmisibile la cuestión sometida al conocimiento del juez constitucional siendo la razón principal el temor del legislador de que su decisión genere una laguna legal que sólo podría reparar el legislador¹⁸³.

Hay, por último, una tercera posibilidad utilizada por la Corte Constitucional italiana que se inscribe dentro de las decisiones que no declaran la inconstitucionalidad existiendo mérito para ello. Se trata de las decisiones de constitucionalidad provisoria, en las que se declara no fundada la cuestión por el momento o por razones de extraordinaria excepcionalidad., pero condicionando el rechazo a un progresivo restablecimiento del legislador o a que perdure la situación de excepcionalidad.

b) Anular una disposición inconstitucional que lesiona un derecho social constitucional

Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.28-30.

¹⁸¹ *Vid.* Corte Costituzionale, Italia: sentencias 431/1993; 378/1994; 406/1994; 194/1995; y 358/1995.

¹⁸² En el mismo sentido, ONIDA, V., “Giudizio di Costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del parlamento”, en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.28-30.*

¹⁸³ *Vid.*, por ejemplo, Corte Costituzionale, Italia: sentencias 167/1991; 125/1992; y las sentencias 57, 133, 247, 270, 298, 378, 403, 431 de 1993.

Esta es la opción más común en diversos ordenamientos constitucionales pues estamos frente a lo que se denomina como simple “legislador negativo” y, por ende, no genera mayores dificultades desde la perspectiva del respeto al principio democrático.

Sólo a modo ejemplar podemos mencionar las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, sobre la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley de Extranjería relacionados con derechos sociales. Si bien nos referiremos a ellas de manera más extensa en el Capítulo final al abordar la aplicación del principio de igualdad formal para tutelar los derechos sociales constitucionales, podemos mencionar la forma que adoptaron una parte de las sentencias (puesto que en ambas sentencias se estimaron los recursos presentados sólo parcialmente y, además, la decisión del tribunal no fue la misma para todas las disposiciones declaradas inconstitucionales).

Respecto a los preceptos de la Ley de Extranjería relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros se resolvió en la sentencia 236/2007 que la inconstitucionalidad debía conllevar la nulidad del inciso “*residentes*”, que figura en cada uno de ellos, pues tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa¹⁸⁴. De la misma forma, en la sentencia 259/2007 se decidió que la inconstitucionalidad de los preceptos referentes al derecho de huelga de los extranjeros debía conllevar la declaración de nulidad del inciso “*cuando estén autorizados a trabajar*”, pues la exclusión total del derecho de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclamada el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho fundamental ratificado por España¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Cfr. STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17º.

¹⁸⁵ Cfr. STC: 259/2007, de 19 de diciembre, FJ 9º.

c) Anular o eliminar una parte de la norma por inconstitucional para incluir a un grupo o sector en el ejercicio del derecho

En estas sentencias se extiende el significado normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto originalmente. De esta forma se suele incluir a un grupo o sector de la población que se encuentra por ley excluido del goce de algún derecho social. Este es realmente un caso en el que se puede hablar de que la justicia constitucional interviene como un verdadero “legislador positivo” pues se amplía el ámbito subjetivo de la norma para dar cabida a grupos o sectores excluidos. Por lo mismo, se trata de la técnica más cuestionable desde la perspectiva de la discrecionalidad del legislador y de aquellos que señalan que la justicia constitucional debe evitar pronunciamientos que puedan tener importantes consecuencias presupuestarias. Esta intervención se realiza generalmente declarando la nulidad de una parte de la norma.

Esta técnica ha sido frecuentemente utilizada por la *Corte Costituzionale* italiana en las denominadas *sentenze additive* que precisamente se han caracterizado por extender beneficios sociales a sectores o grupos excluidos de manera ilegítima por una disposición legal¹⁸⁶. De esta forma, la sentencia se traduce en una ampliación de la aplicación de una norma lo cual tiene frecuentemente como consecuencia un aumento del gasto público para hacer frente a la extensión de prestaciones de servicios sociales.

La Corte Constitucional italiana ha afirmado que este tipo de decisiones son posibles cuando la extensión del beneficio se puede deducir lógicamente del contexto normativo en el que se encuentra la norma impugnada. Por el contrario, si se pueden deducir una pluralidad de decisiones desde diversas perspectivas en las que se puede valorar la cuestión las *additive* no proceden y la elección corresponde

¹⁸⁶ Cfr. ELIA, L., “Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale”, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, p.314.

únicamente al legislador¹⁸⁷. De esta forma, en esta especie de pronunciamientos lo que debe “agregarse” debe estar determinado de manera unívoca por la Constitución –para ello en Italia se utiliza la expresión “*rime obbligate*”¹⁸⁸–, pues se estima que de no ser así se produciría una invasión en la discrecionalidad legislativa.

En España también se ha aplicado esta modalidad de sentencia y revisaremos a continuación algunos ejemplos. En primer lugar, está el ya citado caso del art. 160.2 de la Ley General de Seguridad Social. Como señalamos anteriormente¹⁸⁹, en la sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, el TC estableció que dicha norma suponía un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste se traducía automáticamente en una pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que el fallecimiento de la mujer solamente generaba la pensión de viudedad si concurrían algunos requisitos contenidos en la norma¹⁹⁰. El TC declaró la nulidad del párrafo segundo del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y el inciso del párrafo primero de dicho artículo que decía “la viuda”. De esta forma, con esa declaración de nulidad el TC amplió la pensión a un sector excluido de una pensión: los varones viudos. Posteriormente, el TC intervino en un sentido similar en la sentencia 142/1990, de 20 de septiembre, que también extendió una pensión a los viudos¹⁹¹ y en la sentencia 3/1993, de 14 de enero. Todos estos pronunciamientos tuvieron efectos expansivos respecto a un beneficio de seguridad social y consecuencias desde la perspectiva del aumento del gasto público.

¹⁸⁷ *Cfr.* Corte Costituzionale, Italia: sentencias 109/1986, de 22 de abril, Considerando Jurídico 3; 125/1988, de 27 de enero, Considerando Jurídico 6.

¹⁸⁸ La expresión es de V. CRISAFULLI y se encuentra en: “La Corte costituzionale ha vent’anni”, en OCCHIOCUPO, N. (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale (Bilancio di vent’anni di attività)*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp.69-86; *Lezioni di diritto costituzionale, II, Le fonti*, Padova, 1984, pp.407 y ss.

¹⁸⁹ *Vid.* Capítulo IV.4, *supra*.

¹⁹⁰ De esta forma, el TC desvinculó a las pensiones de viudedad del concepto de necesidad que fundamenta el régimen de Seguridad Social reconocido en el art. 41 de la CE y se acogió, en cambio, a la noción de perjuicio que tiene escaso fundamento en el texto constitucional. *Vid.*, en el mismo sentido, TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, en *Revista de derecho político*, Núm. 35, 1992, p.55.

¹⁹¹ Nos referiremos más en extenso a esta sentencia en el capítulo VII.

d) Remedios bilaterales

Este tipo de sentencias plantean la necesidad de colaboración institucional entre el juez constitucional y los poderes políticos¹⁹². En este caso, los fallos de los jueces constitucionales no se traducen en el veto o expulsión de una norma legal sino en directrices al legislador para que pueda corregir los vicios de inconstitucionalidad. Ejemplos de este tipo de sentencias son: las sentencias aditivas de principio; las recomendativas; las que plantean que una ley sin ser inconstitucional puede llegar a serlo; las que establecen que una norma sólo es inconstitucional si es interpretada de una determinada manera. En todos estos casos es frecuente que desde la justicia constitucional se fije un plazo dentro del cual el legislador debe actuar de modo que las disposiciones en cuestión dejen de estar en contradicción con el texto constitucional.

Este tipo de decisiones son las más consistentes para los defensores de la democracia deliberativa. En efecto, sin que el juez constitucional tenga la “última palabra” en cuanto a cómo debe normarse una determinada materia social puede evidenciar ante la opinión pública la existencia de una actuación inconstitucional del legislador que, a su vez, deberá justificar las medidas que ha adoptado¹⁹³.

d.1. Limitarse a declarar la inconstitucionalidad de una disposición legal e instar al legislador a que encuentre una solución

En el caso del sistema de justicia constitucional alemán, si bien la solución más frecuente es la anulación de una disposición inconstitucional, se ha optado también por la no anulación cuando se estima que puede tener efectos perjudiciales para un sector significativo de la población. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en la sentencia concerniente a la ilegalidad del plazo de preaviso para los obreros (2

¹⁹² Parte de la doctrina ha señalado la especial relevancia de los modelos de cooperación entre el TC y el legislador para afrontar el restablecimiento del principio de igualdad cuando se haya visto afectado. *Cfr.* MARTÍNEZ TAPIA, R., *op. cit.*, p.136.

¹⁹³ Este objetivo de dar “publicidad” a las actuaciones inconstitucionales del legislador ha sido destacada en: PISARELLO, G. y DE CABO, A., *op. cit.*, p.232.

semanas) y empleados (6 semanas). En ese caso la declaración de inconstitucionalidad no trajo aparejada la anulación de las disposiciones cuestionadas puesto que dicha medida podría haber tenido efectos perjudiciales para el conjunto de los trabajadores¹⁹⁴.

En Italia se buscó seguir el ejemplo alemán y se idearon diversas modalidades para instar a la intervención del legislador. Un ejemplo claro son las *sentenze di monito*, en las que se hacen llamadas al legislador para que ponga fin a situaciones que entran en contradicción con el texto constitucional. Estas sentencias no implican que el juez constitucional deje el asunto por completo e indefinidamente a la libre configuración del legislador pues si éste no actúa ante diversas decisiones di monito se puede llegar a un pronunciamiento en el que se aborde el fondo de la cuestión.

El caso paradigmático en el que la Corte Constitucional italiana dictó varias sentencias *di monito* es el de la desigual distribución entre trabajadores públicos y privados en la determinación del finiquito en el término de la relación laboral. Después de diversos pronunciamientos en los que la Corte se inclinó por la inadmisibilidad por respeto a la discrecionalidad del legislador y no producirse éste, se llegó a la sentencia 243/1993¹⁹⁵. En dicha sentencia, la Corte señala que no puede seguir pronunciando otras decisiones de inadmisibilidad fundadas en el respeto a la discrecionalidad del legislador ni expresar nuevas *sentenze di monito*. Sostiene que, permaneciendo en efecto y, habiéndose incluso agravado por el transcurso del tiempo el estado de irracionalidad y las desigualdades de distribución claramente denunciadas en otros pronunciamientos –en especial en la sentencia 220/1988, de 11-25 de febrero-, no es posible dictar una sentencia que una vez más deje la solución de estas situaciones que afectan a valores constitucionales a una posible –y por largo tiempo solicitada- intervención del legislador. Una decisión de ese tipo,

¹⁹⁴ BverfG, NJW, 1990, citada en DÄUBLER, W., *op. cit.*, p.91.

¹⁹⁵ Sobre esta sentencia *Vid.* los siguientes comentarios: ANZON, A., “Un’additiva di principio con termine per il legislatore”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Gennaio-Febbraio 1993, II, pp.1785-1792; PINELLI, C., “Titano, l’eguaglianza e un nuovo tipo di ‘additiva di principio’”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Gennaio-Febbraio 1993, II, pp.1792-1802; D’AMICO, M., “Un nuovo modello di sentenza costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Gennaio-Febbraio 1993, II, pp.1802-1816.

según la Corte, podría aparecer como abdicación de las funciones que debe ejercer el juez constitucional y significaría una protección ya no de la discrecionalidad del legislador sino de su inercia¹⁹⁶. Termina de esta forma, pronunciándose sobre el fondo del asunto por medio de una sentencia *additiva di principio*.

Este caso demuestra que los jueces constitucionales pueden adoptar resoluciones que, sin dejar de cumplir su función de control constitucional de las leyes, no interfieran con las atribuciones del legislador y le dejan la última palabra en la adecuación de preceptos que entran en contradicción con derechos sociales constitucionales. Estas formas de intervención de la justicia constitucional pueden ser valiosas pues dejan patentes públicamente situaciones de inconstitucionalidad vinculadas a derechos sociales y abren la posibilidad de que a través del dialogo democrático se resuelvan los vicios constatados. No obstante, al tratarse de un remedio bilateral se requiere de un legislador que sea solícito ante los llamados de los jueces constitucionales puesto que, en caso contrario, el único efecto de estas sentencias es el de prolongar en el tiempo la vigencia de disposiciones que lesionan derechos sociales constitucionales. Por ello, parte de la doctrina italiana ha criticado las *sentenze di monito* afirmando que en algunas ocasiones parecen más una forma de rehuir el enfrentamiento de cuestiones complejas, especialmente si se considera que el Parlamento se ha mostrado remiso y no ha cumplido con las advertencias de la Corte¹⁹⁷.

d.2. Solicitar una medida sin plazo o con un plazo genérico

Nuevamente, para ejemplificar esta hipótesis nos referiremos a la sentencia 236/2007 puesto que, tal como dijimos, en ese caso la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales no fue la única solución del TC.

En efecto, respecto de la mayoría de los artículos de la Ley de Extranjería declarados inconstitucionales –vinculados tanto a derechos civiles como a derechos

¹⁹⁶ Cfr. Corte Costituzionale, Italia: sentencia 243/1993, de 5-19 de mayo, Considerando Jurídico 3.

¹⁹⁷ Cfr. GRECO, R., *op. cit.*, p.265.

sociales- se sentenció que no procedía declarar la nulidad porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España y no sólo de los no residentes¹⁹⁸.

Por otra parte, se resolvió que tampoco procede declarar la nulidad sólo del inciso que excluya a los extranjeros en cada uno de los artículos declarados inconstitucionales, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Esto no se podría hacer, en opinión del Alto Tribunal porque no corresponde a la justicia constitucional decidir una determinada opción en materia de política social –en este caso específicamente en relación a los derechos sociales de los extranjeros- ya que su pronunciamiento debe limitarse sólo a declarar si tiene o no cabida en la Constitución la que se somete a su enjuiciamiento¹⁹⁹.

Por todo lo anterior, el legislador resuelve dejar esta materia para que sea definida por el legislador dentro de la libertad de configuración normativa pero instándolo a que establezca dentro de un “plazo de tiempo razonable” las condiciones de ejercicio de los derechos contenidos en las normas legales declaradas inconstitucionales²⁰⁰.

En nuestra opinión no deja de llamar la atención la clara autorrestricción del TC puesto que, al haber considerado en este caso como inconstitucional la exclusión del goce de los derechos constitucionales en cuestión a los extranjeros no residentes, la resolución tenía que ser necesariamente la de una sentencia aditiva anulando los incisos que excluyen a los extranjeros no residentes. De todas formas, el Gobierno de España anunció el día 26 de junio de 2009 que el Consejo de Ministros ha aprobado un nuevo proyecto de reforma a la Ley de Extranjería que será enviado al

¹⁹⁸ *Cfr.* STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 7°.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Ibíd.*

Congreso y que, entre otras cuestiones, consagra el derecho de sindicación como derecho fundamental para todos los inmigrantes.

d.3. Establecer un plazo para la adopción de una medida cuyo contenido queda sujeto a discreción del poder político

Una de las posibilidades que tienen los tribunales constitucionales es el de establecer un plazo dentro del cual la administración o el legislador deberán adoptar medidas apropiadas para cumplir con las obligaciones emanadas de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente y en los tratados de derechos humanos.

Una muestra de esta opción la constituye un emblemático caso que, además, demuestra como en algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica la jurisprudencia constitucional ha adoptado resoluciones que buscan proteger derechos sociales. El supuesto en cuestión es el *caso Campaign for Fiscal Equity v. State of New York*²⁰¹ y tuvo su origen cuando en 2001 el juez Leland DeGrasse cuestionó la financiación de la educación en el Estado de Nueva York. El juez DeGrasse manifestó que se violaba el respectivo artículo sobre la educación de la Constitución del Estado de Nueva York debido a que la educación proporcionada a los alumnos de la ciudad de Nueva York no cumplía con estándares mínimos de una “educación básica sólida” y afectaba especialmente a los niños pertenecientes a minorías que asistían a escuelas públicas.

El juez no determinó la medida específica que debía adoptar el legislador del Estado de Nueva York. Lo que hizo fue ordenarle que formulara e implementara la reforma necesaria del sistema de financiación de escuelas públicas del Estado. La decisión del juez DeGrasse fue confirmada posteriormente por el Tribunal Superior que concluyó que el artículo sobre Educación exige que se proporcione la oportunidad de acceder a una educación secundaria sólida que se cumpla con ciertas características como, entre otros, un número suficiente de docentes y empleados no

²⁰¹ *Cfr.* Corte de Apelaciones del Estado de New York, Estados Unidos de Norteamérica: Campaign for Fiscal Equity v. State of New York et al. 719 N.Y.S.2d 475.

docentes calificados; clases del tamaño adecuado; planes de estudios apropiados y recursos adecuados para los alumnos con necesidades especiales.

El Estado no cumplió con la resolución judicial y en febrero de 2005 el juez DeGrasse propuso su propia solución después de recibir un informe preparado por especialistas en la materia. Esta nueva resolución del juez ya detallaba de manera específica, incluso los recursos económicos que se requerían para llevar adelante las reformas necesarias. El Estado apeló esta resolución que, sin embargo, fue confirmada por el Primer Departamento de la División de Apelaciones lo que se tradujo en un significativo aumento de presupuesto.

Este caso ejemplifica muy bien como desde la justicia constitucional se puede intervenir exigiendo la adopción de medidas para la realización de derechos sociales y demuestra como, en el caso de que los poderes políticos no cumplan con lo ordenado, el juez constitucional puede él mismo tomar decisiones y no quedar de brazos cruzados ante violaciones de derechos sociales. Incluso si, como sucede en este caso, desde la Administración no se acata el mandato judicial, las resoluciones del juez constitucional pueden significar una cierta intromisión en la elaboración de políticas públicas y en decisiones presupuestarias. Vemos como, en la práctica, la objeción democrática y del costo de los derechos son dejadas de lado por parte la justicia constitucional cuando patentes violaciones a derechos sociales persisten.

d.4. Las *Additivas di principio* de la Corte Constitucional de Italia: exigir la adopción de una medida sin manipular directamente la norma constitucional

En el ordenamiento jurídico italiano, ante las críticas suscitadas por algunas sentencias aditivas por el significativo aumento presupuestario que conllevaron, se generó una nueva respuesta: las *sentenze additive di principio*. La forma que asumen estas sentencias se puede resumir con tres directrices fundamentales: a) Declarar la inconstitucionalidad de una norma que vulnera el principio de igualdad u otro precepto constitucional y afirmación clara del principio constitucional que se

protege; b) Instar al legislador a que reestablezca, en conformidad a su propia discrecionalidad, el respeto al principio afectado; c) Afirmación de que, mientras no se produzca la intervención reparadora del legislador, los jueces ordinarios tienen que aplicar, de acuerdo a sus propias reglas de interpretación, la regla correspondiente al principio señalado por la Corte.

El mérito de las *additive di principio* es que aun declarando la inconstitucionalidad de una disposición legal dejan la solución al legislador, no teniendo su resolución por tanto consecuencias financieras inmediatas. Éstas se producirán sólo posteriormente con la intervención del legislador. Se evitan así los problemas derivados de las denominadas “sentencias que cuestan”, esto es, sentencias de la Corte Constitucional con consecuencias económicas pero sin efectivo respaldo presupuestario, como ocurrió en diversas ocasiones con las sentencias aditivas. Además, es también un aspecto positivo de esta clase de sentencias el hecho de que se les otorga a los jueces ordinarios un papel en la protección de los derechos sociales al tener que aplicar la regla correspondiente al principio afirmado por la Corte²⁰².

Un ejemplo de este tipo de fallos de la justicia constitucional italiana está constituido por la sentencia 185/1998 en materia de derecho a la salud y experimentación, también conocida como “sentenza Di Bella”. En esa decisión de la Corte se declaró la inconstitucionalidad de la normativa sobre la experimentación de fármacos sobre tumor (*multi terapia Di Bella*) en la parte en que no preveía la concesión a cargo del sistema sanitario nacional del medicamento en cuestión para aquellos sujetos excluidos de la experimentación y en condiciones económicas que no les permitían adquirirlo por sí mismos. Sin embargo, se señaló también que la forma específica en que se solucionaría el problema de la constitucionalidad le correspondía al legislador que debía buscar un justo equilibrio entre el derecho a la salud y las posibilidades presupuestarias. Este pronunciamiento tiene la estructura

²⁰² Para una revisión del cumplimiento efectivo por parte de los jueces ordinarios de las principales sentencias *additive di principio* dictadas en el periodo 200-2005, *Vid.* LAMARQUE, E., “Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte Costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Núm. 3, 2008, pp.699-767.

de una *additiva de principio* y tuvo resultados positivos pues el legislador intervino prontamente²⁰³.

²⁰³ Otros ejemplos en que la Corte Constitucional italiana utilizó esta modalidad están dados por las sentencias 138/1997, de 8-16 de mayo; 175/1997, de 5-13 de junio; 185/1998, de 20-26 de mayo; 61/1999, de 24 de febrero-5 de marzo; 179/1999, de 12-20 de mayo; y 270/1999, de 24-30 de junio.

CAPÍTULO VI
JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES:
PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL MODELO ESPAÑOL

1.- Origen de la Constitución de 1978 y derechos sociales

El proceso constituyente que culminó en la Constitución de 1978 fue un proceso complejo y atípico puesto que en el proceso de desmantelamiento del régimen autoritario se siguieron las etapas previstas por el mismo gobierno, no constitucional. Durante dicho proceso el principal objetivo era el de consensuar un texto constitucional que permitiera tener estabilidad en el proceso de transición a la democracia que comenzaba. No obstante, existían también otros desafíos durante el proceso constituyente destacando, entre otros, los siguientes: el reconocimiento de una lista de derechos fundamentales, acordar una forma de gobierno y establecer las bases de un Estado descentralizado¹. Todas esas cuestiones fueron finalmente objeto de acuerdos y existe en la sociedad española una opinión extendida en el sentido de que la Constitución de 1978 contribuyó de manera importante a la consolidación de la democracia durante sus más de treinta años de vigencia.

Sin embargo, en el balance de los méritos del texto constitucional actualmente vigente se encuentran, según algunos, también el haber facilitado la

¹ Precisamente sobre este último punto, en opinión de PÉREZ ROYO eran dos los grandes problemas constituyentes pues al fijar las bases para la transición a la democracia se agregaba el de transformar un Estado unitario y centralista en uno políticamente descentralizado. *Cfr.* PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p.859. Sobre las dificultades iniciales de establecer un modelo descentralizado se ha dicho también con acierto que “la organización territorial del Estado fue sin duda el desafío más importante que asumió el constituyente español en 1978. Desmontar la existente, proveniente de una larga dictadura unitaria, centralista y uniformista y construir un Estado de nueva planta, políticamente descentralizado, en el que encontrarán acomodo las pretensiones de autogobierno de, al menos, algunos territorios y dando carta de naturaleza a una pluralidad jurídica y cultural, incluyendo, por supuesto, el espinoso problema lingüístico, era una tarea que se presentaba a la opinión pública como ineludible, inaplazable y quizás menos difícil de lo que en realidad era y está siendo”. TORRES DEL MORAL, A., “Tensiones internas del Estado autonómico”, en *Anuario Jurídico de La Rioja*, Núm. 8, 2002, p.268.

entrada de España a la Unión Europea y haber sentado las bases para la construcción de la llamada “España social”². Durante el periodo franquista existió un insuficiente sistema prestacional que ha sido calificado por una parte de la doctrina como asistencial y paternalista, con lo cual una de las respuestas del régimen democrático fue la de articular un sistema constitucional de derechos sociales³.

Es claro que la Constitución española de 1978 no es neutra en materia social. En efecto, aún cuando el principio pluralista deja espacio para que sean los poderes políticos democráticamente elegidos los que definan las políticas económicas y sociales, existen una serie de decisiones adoptadas por el constituyente que hacen que el modelo constitucional español en materia de derechos sociales tenga algunos rasgos bien definidos. En especial, podemos mencionar los siguientes:

- la incorporación en el texto constitucional de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho;
- la inclusión de unos principios que en su conjunto toman el nombre de “Constitución Económica” y que en gran medida están inspirados por la finalidad de disminuir las desigualdades sociales;
- el reconocimiento de derechos sociales constitucionales regulados en diversos apartados del texto constitucional y con diferentes niveles de garantías;
- el establecimiento del principio autonómico y la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas en algunas áreas de la política social;

² En esto no hay unanimidad pues algunos sostienen que se trata más bien de una constitución “post-social” debido a la deficiente regulación de los derechos sociales. *Cfr.* PISARELLO, G., “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.309.

³ *Cfr.* GARCÍA HERRERA, M., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, pp.296-297. Para una revisión de las doctrinas y movimiento que dieron lugar al reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución española de 1978, *Vid.* RUIZ-RICO RUIZ, G., “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 71, Enero-Marzo 1991, pp.171-195.

- determinar la apertura constitucional de España al Derecho Internacional de los Derechos Humanos;
- la vinculación del texto constitucional con el proceso de integración europea.

Todas las características mencionadas configuran a nuestro entender lo que podemos denominar como “modelo constitucional español en materia de derechos sociales”. En las páginas siguientes intentaremos analizar cada uno de los rasgos de ese modelo, comenzando con algunas reflexiones acerca del principio de supremacía constitucional y su aplicación a una parte de los derechos sociales contenidos en el texto constitucional: los principios rectores de la política social y económica.

2.- El principio de supremacía constitucional en la Constitución Española de 1978. Especial referencia a su aplicabilidad a los principios rectores de la política social y económica

El rasgo capital de la Constitución de 1978 respecto a las constituciones españolas precedentes sería, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, “la de ser una norma jurídica ella misma, la de ser una norma invocable en juicio, que regula y ordena relaciones –las que se dilucidan en los procesos- y que no se limita a distribuir funciones en el seno de una macro-organización”⁴. Además, como señala el mismo autor, no se trata de “cualquier norma, sino precisamente la primera, la que prevalece, la que prevalece sobre todas las demás, la que domina a todas, las articula, les da su sentido, dirige su interpretación, las sitúa en su lugar propio en el seno del ordenamiento: una *norma normarum*”⁵.

Este el principio de supremacía constitucional fue recogido de manera específica y principal –aunque no única- en el art. 9.1 de la Constitución que

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, p. 279.

⁵ *Ibíd.*

establece que “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Según el TC dicha norma debe interpretarse en el sentido de que ninguna de las disposiciones del texto constitucional puede entenderse como norma programática⁶.

Pero el principio de supremacía constitucional se encuentra también reflejado en otras disposiciones constitucionales. Así, el art. 161.1 a) y el art. 164 al regular las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes son una clara demostración del mencionado principio y lo mismo puede decirse de la disposición derogatoria 3) la cual declaraba como “*derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución*”. El Parlamento está entonces sujeto a la *judicial review* y, como bien se ha dicho, está constituido de acuerdo a la Constitución Española de 1978 en un órgano autónomo, pero no soberano, permitiéndose el enjuiciamiento de sus actuaciones por parte de la jurisdicción constitucional y, eventualmente, de la ordinaria⁷. Por último, cabe mencionar el art. 53.1 y el art. 9.3. La primera norma establece la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales y su vinculación a todos los poderes públicos⁸. La segunda disposición proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Acerca del principio de supremacía constitucional consagrado en el art. 9.1. el máximo intérprete del texto constitucional ha señalado al respecto que:

*“de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte de los ciudadanos”*⁹.

⁶ Cfr. SSTC: 16/1982, de 28 de abril, FJ 1º; y 80/1982, 20 de diciembre, FJ 1º.

⁷ Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, A., “El control de constitucionalidad de los actos parlamentarios”, en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 1, 2003, p.194.

⁸ Cfr. STC: 21/1981, de 15 de junio, FJ 17º.

⁹ STC: 53/1985, de 11 de abril, FJ 4º.

Lo anterior se traduce en que todos los preceptos constitucionales establecen obligaciones a los poderes públicos que, por tanto, no cuentan con discrecionalidad absoluta en su regulación.

Pero, ¿cómo debe entenderse el principio de supremacía constitucional respecto a los derechos sociales? Para responder esta pregunta corresponde comenzar recordando el art. 53.3 de la Constitución, el cual prescribe que “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes público. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

Algunos autores sostienen que las características de supremacía y aplicabilidad directa de la Constitución no serían aplicables al caso de los derechos sociales. Esta conclusión es la que plantea, entre otros, MARTÍNEZ ESTAY, quien se apoya en lo consignado en el art. 53.3 y en el hecho que, en su opinión, “la mayoría de estos derechos requieren actividad estatal, pues consisten en prestaciones a cargo del Estado, situación que contradice con los postulados de los padres del constitucionalismo”¹⁰. Uno de esos postulados sería el de limitar el poder estatal por lo cual, “la aplicabilidad de la Constitución también se encuentra muy ligada a los derechos y libertades clásicos (...)” ya que dichos derechos pueden ser aplicados directamente “sin necesidad de esperar desarrollos normativos posteriores. Sólo bastaría la proclamación constitucional de los derechos y libertades clásicos para que un juez les brindara protección”¹¹. Sin embargo, no se considera en la afirmación anterior que es una opinión muy consolidada en el constitucionalismo actual que, como sostuvimos anteriormente, todos los derechos requieren de omisiones y acciones positivas para su cumplimiento¹².

¹⁰ MARTÍNEZ ESTAY, J., *op. cit.*, p.127.

¹¹ MARTÍNEZ ESTAY, J., *op. cit.*, p.128.

¹² Nos remitimos sobre esto a lo señalado en el Capítulo IV.2, *supra*.

El TC formuló muy pronto algunos matices relevantes al principio de supremacía constitucional respecto de los derechos sociales del Capítulo III al señalar que: “según el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar tales principios como normas sin contenido, y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”¹³.

Posteriormente, el máximo intérprete de la Constitución señaló expresamente al referirse al principio de supremacía constitucional que:

“si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo ‘vinculan a todos los poderes públicos’”¹⁴.

Queda claro después de la lectura de las dos sentencias anteriores que el TC ha interpretado de manera exegética y aislada lo dispuesto en el art. 53.3 concluyendo que los derechos y principios contenidos en el Capítulo III del Título I constituyen disposiciones constitucionales no directamente aplicables y con un valor principalmente hermenéutico en relación a los otros derechos constitucionales.

En la doctrina constitucional española, existe mayoritariamente un consenso con lo expresado por el Tribunal Constitucional sobre el grado de vinculatoriedad de los “principios rectores de la política social y económica y española”. Creemos que las palabras de Marc CARRILLO pueden interpretar a una parte importante de los constitucionalistas españoles que se han referido al tema. CARRILLO plantea que “la autolimitación o *self restraint* de la jurisdicción constitucional ha de ser un ineludible referente institucional. Porque si bien es cierto, que un cierto activismo judicial del Tribunal puede ser más factible –siempre respetando el marco constitucional- sobre los derechos de libertad y participación, es obvio que resulta

¹³ STC: 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6º.

¹⁴ STC: 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1º.

más arriesgado si se proyecta sobre aquellos derechos que para su materialización resulta exigible la actividad de prestación de los poderes públicos”¹⁵.

La propuesta de CARRILLO respecto al rol que le cabe a la justicia constitucional en materia de derechos sociales se desprende del mismo título de su artículo citado: “entre la Constitución y la ley”. En el artículo, CARRILLO parte de la constatación que la mayoría de los derechos sociales se encuentran consagrados como principios y no como auténticos derechos subjetivos y señala que “su formulación constitucional como principios deja al Parlamento un amplio margen de maniobra para determinar su contenido y, por tanto, para que las diferentes opciones políticas puedan concretar su alcance”¹⁶.

A continuación, sin embargo, CARRILLO sostiene que dejar un importante margen de discrecionalidad al legislador no significa dejar a estos principios constitucionales como “normas en blanco”¹⁷ y ejemplifica lo anterior con el nivel de eficacia jurídica del art. 41 de la CE referente al sistema de seguridad social¹⁸. Según CARRILLO el nivel de exigibilidad de la norma “permite afirmar que al Estado no le está permitido dejar de prestar este deber de procura asistencial, deber que tiene su expresión cada año en la Ley de Presupuestos”¹⁹ y, con mayor razón, obliga al mantenimiento de un régimen público de seguridad social²⁰. Lo que no puede suceder es que el nivel de exigibilidad de la norma se interprete de tal forma que no deje espacio al legislador para, por ejemplo, optar por decidir que “la gestión del

¹⁵ CARRILLO, M., “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley”, en *Jueces para la Democracia*, Núm. 36, 1999, p.68.

¹⁶ CARRILLO, M., *op. cit.*, p.70.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ En dicha disposición se establece que: “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.*”.

¹⁹ CARRILLO, M., *op. cit.*, pp.70-71.

²⁰ CARRILLO, M., *op. cit.*, p.69.

servicio pueda concretarse con fórmulas diversas y en las que la iniciativa privada pueda llegar a tener una especial relevancia”²¹.

En una línea similar GARCÍA DE ENTERRÍA ha planteado que lo establecido en el art. 53.3 debe entenderse en el sentido que los principios rectores de la política social y económica son principios y no auténticos derechos fundamentales pero de ninguna manera puede negársele aplicación como principios o, más propiamente, “fines determinados a su misión” ni que el legislador sea absolutamente libre para interpretarlos²²

El mismo autor ha criticado –y compartimos su opinión- lo poco feliz de la fórmula utilizada en el art. 53.3 al señalarse que los principios rectores sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen²³. A propósito de esta supuesta inaplicabilidad directa de los derechos sociales contenidos en el Capítulo III, algunos autores sostienen que con esta desvalorización de los derechos sociales constitucionales el constituyente originario ha situado al Estado social español en una zona intermedia entre las fórmulas del Estado social legislativo y la del Estado social constitucional²⁴. La redacción del art. 53.3 CE puede hacer que nos inclinemos por la primera de esas fórmulas, mientras una interpretación sistemática y evolutiva que interprete dicha disposición en concordancia con, entre otros, los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 10.1 y 10.2 tiene que necesariamente llevar a que nos encontremos ante un auténtico Estado social

²¹ CARRILLO, M., *op. cit.*, p.71.

²² *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 75-76.

²³ *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, p. 75. Una crítica a la redacción del art. 53.3 se encuentra también en: PRIETO SANCHÍS, L., “Artículo 53”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1984, p.456.

²⁴ En opinión de PISARELLO el diseño del constituyente original es el de un Estado social legislativo y administrativo pero no constitucional. *Cfr.* PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.46.

constitucional²⁵. Finalmente, el tipo de Estado social en el que nos encontramos depende en gran medida de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al respecto, podemos señalar que, si bien en el capítulo siguiente revisaremos algunos casos en los que el TC ha brindado algún grado de protección a los derechos sociales constitucionales del Capítulo III, la jurisprudencia constitucional española no ha destacado por ser garantista en estas materias.

Por nuestra parte, ya hemos señalado que, en conformidad a la idea de constitucionalismo social, el “coto vedado” o “esfera de lo indecible” está constituido también por los derechos sociales. Pues bien, si los derechos sociales –o parte importante de ellos– sólo pueden ser exigibles de acuerdo a las “leyes que los desarrollen” estamos ante un Estado social legislativo que no tiene reales límites para la configuración legislativa de esta clase de derechos. Sin embargo, creemos es posible una interpretación que considere a los “principios rectores” no como meras “normas políticas”²⁶ ni “derechos aparentes”²⁷ como plantean algunos sino más bien como preceptos constitucionales con eficacia jurídica y exigibilidad jurisdiccional²⁸.

El mismo art. 53.3 señala que “informarán la práctica judicial” y con ello puede entenderse que tienen algún grado de justiciabilidad ante los tribunales de justicia²⁹. Del mismo modo, cuando esa disposición establece que los principios rectores de la política social y económica “informarán la legislación” se exige por el

²⁵ *Vid.*, en un sentido similar, PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, Núm. 271-271, enero-agosto 2005, p.33.

²⁶ *Cfr.* MARTÍNEZ ESTAY, J., *op. cit.*, p.177.

²⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp.122-125.

²⁸ En este mismo sentido LÓPEZ PINA ha afirmado que “desde la perspectiva de la división de los poderes, con los *Principios rectores* se sustrae a la decisión de los poderes políticos cuanto ha quedado constitucionalmente decidido”. LÓPEZ PINA, A., “Comentario introductorio al Capítulo III del Título I”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, p.24.

²⁹ *Vid.*, en este mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, p. 75.

constituyente que se desarrollen leyes que los consideren adecuadamente. Si ello no ocurre o las “leyes que los desarrollen” vulneran el principio de igualdad o su contenido mínimo se podrá impugnar la actuación u omisión del Poder Legislativo³⁰⁻³¹.

3.- La cláusula del Estado social de Derecho y las disposiciones que configuran valores esenciales o principios de política económica

La fórmula del Estado social y democrático de Derecho establecida en el art. 1.1 de la CE es parte de lo que, en lenguaje schmittiano, se denomina “decisiones políticas fundamentales”³². La opinión de GARRORENA MORALES hace referencia a este tipo de disposiciones de una manera que nos parece muy acertada: “la Constitución de la Constitución”³³. En efecto, cualquiera que sea la denominación que se prefiera, lo cierto es que el art. 1.1 y otras disposiciones de la Constitución española constituyen el pilar en el que se fundamenta todo el ordenamiento jurídico.

Esta relevancia se manifiesta, entre otras cosas, en que la reforma de los postulados del art. 1.1 se equipara a la revisión total del régimen del Estado español a través del procedimiento especialmente agravado del art. 168 que considera que una modificación de tales premisas afecta a las propias bases del sistema político³⁴ que LUCAS VERDU denomina “fórmula política de la Constitución”³⁵.

³⁰ Los diversos mecanismos de exigibilidad ante los tribunales se profundizarán en el capítulo siguiente.

³¹ PISARELLO llega incluso a sostener que, con una interpretación garantista, se podría afirmar que dicha disposición se refiere a los “principios” contenidos en el capítulo III y no a las disposiciones que están redactadas como “derechos”³¹. Nos parece, sin embargo, que esa conclusión es forzada. *Cfr.* PISARELLO, G., “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, C.. (Coord.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.312.

³² SCHMITT, C., *op. cit.*, p.47.

³³ GARRORENA MORALES, A., *El estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984, p.22.

³⁴ *Cfr.* GONZÁLEZ MORENO, B., *op. cit.*, p.29.

³⁵ LUCAS VERDÚ, P., “Título preliminar”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1996, pp.82-84.

Un precepto vinculado al Estado social es el art. 9.2 que establece que “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Se trata en este caso de una disposición cuyo origen se encuentra en el art. 3 de la Constitución italiana³⁶ y que constituye un mandato a los poderes públicos para que desarrollen políticas que apuesten por perseguir la igualdad material entre los ciudadanos.

Por otra parte, en la Constitución española la cláusula del Estado social tiene ramificaciones en otras disposiciones que son parte de lo se denomina “Constitución Económica”³⁷ y representan un conjunto de principios que, sin sancionar un sistema económico específico, configuran ciertas reglas básicas del orden económico en el texto constitucional³⁸. Esos principios consagran, por un lado, derechos e instituciones propias de las economías liberales y, por otro, una serie de principios más característicos del modelo keynesiano del Estado de Bienestar³⁹. Nos referiremos en términos generales a estos últimos, entre los que destacan especialmente los arts. 33.2, 128, 129, 130, 131. En la mayoría se esas

³⁶ Cfr. RODRÍGUEZ OLVERA, O., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Editorial Comares, 1998, p.209.

³⁷ Sobre la “Constitución Económica”, *Vid.* MERCADO PACHECO, P., “Derechos y Orden Económico: reflexiones sobre la ‘Constitución Económica’”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.855-873. Se utiliza también la expresión Constitución Económica en: AGUDO, M., *Estado social y felicidad. La exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*, Madrid, Laberinto, 2007, pp.87 y ss.; ARAGÓN REYES, M., “Constitución y modelo económico”, en CALDERÓN SCHRADER, C. (Ed.), *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p.380; PÉREZ ROYO, J., *op. cit.*, pp.194 y ss.

³⁸ Así lo ha reiterado el TC en su jurisprudencia. *Vid.*, por todas, las sentencias 1/1982, de 28 de enero, FJ 1º; 11/1984, de 2 de febrero, FJ 6º.

³⁹ Esta ambivalencia no sería según MERCADO PACHECO un producto, como podría pensarse, de un acuerdo de las fuerzas que estuvieron presentes en el proceso constituyente sino, al contrario, de una falta de consenso en los temas económicos. *Cfr.* MERCADO PACHECO, P., *op. cit.*, p.857.

normas se expresa de manera explícita o implícita la finalidad de disminuir las desigualdades presentes en España.

En el caso del art. 33.2 la “función social” delimita el contenido de la propiedad privada y de la herencia y, de esta forma, incorpora a la constitución española dentro de las que han superado el concepto tradicional del derecho de propiedad⁴⁰.

Las normas consagradas entre los arts. 128⁴¹ a 131⁴² CE establecen la subordinación de toda riqueza al interés general. En particular, la segunda norma citada menciona entre los objetivos de la planificación estatal de la economía las siguientes:

- atender a las necesidades colectivas;
- equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial;
- estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza; y,
- estimular una justa distribución de la renta y de la riqueza.

Otra disposición vinculada a la cláusula del Estado social es el art. 129 CE que configura el principio de participación de los trabajadores en la Seguridad Social y en la empresa. Especial importancia tiene su inciso segundo al disponer que los poderes públicos “*establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*”.

En el art. 130 se refiere a la actividad de los poderes públicos en diversas áreas de la economía y nuevamente plantea el objetivo de buscar la igualdad equiparando “*el nivel de vida de todos los españoles*”.

⁴⁰ AGUDO, M., *op. cit.*, p.91. Nos referimos a la transformación de la clásica noción de derecho de propiedad en el capítulo IV, pp.158-159, *supra*.

⁴¹ El art. 128.1 CE establece los siguiente “*Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*”.

⁴² En el caso del art. 131.1 se afirma que “*El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*”.

Por último, otro precepto que muestra coherencia con la fórmula del Estado social de Derecho es el que consagra uno de los principios constitucionales del Derecho Tributario. Nos referimos al art. 31.1 ubicado dentro de los principios rectores de la política social y económica y que establece que el sistema tributario tiene que ser justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad. En la misma norma se establece en su inciso segundo como principio constitucional del gasto público que “*realizará una asignación equitativa de los recursos públicos*”.

4.- Reconocimiento constitucional de los derechos sociales en la Constitución española

Con la Constitución de 1978, España siguió lo hecho por otros ordenamientos jurídicos que, junto a los más clásicos derechos civiles y políticos, establecieron también sendas disposiciones concernientes a los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Esta opción del constituyente originario nos parece coherente con la inclusión de la cláusula del Estado social, del principio de igualdad sustancial y de los diversos preceptos con un fuerte contenido social mencionados previamente. Más allá de esta idea de carácter general apuntaremos dos reflexiones sobre el estatuto de los derechos sociales en la Constitución española actualmente vigente, una de forma y la segunda más de fondo sobre el contenido de los derechos sociales constitucionales.

En cuanto a la consideración de forma, debemos señalar que en la CE los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran reconocidos de manera dispersa en el texto constitucional, con diversas formas de redacción y estructura. La opción de desperdigar los derechos sociales en tres partes diferentes del texto constitucional nos parece cuestionable, especialmente porque esa decisión del constituyente originario se acompaña de otra muy relevante en la práctica como es la de otorgarle distintos niveles de garantías según la sección o capítulo en que estén

ubicados⁴³. A lo anterior se agrega que, como veremos, la jurisprudencia del TC ha atribuido el carácter de derechos fundamentales sólo a una parte de los derechos constitucionales en base a sus mayores niveles de garantías. Todo ello ha generado situaciones que no parecen muy razonables como el hecho que el derecho a la educación sea fundamental y pueda tutelarse por medio de garantías que no están disponibles para otros derechos sociales como ocurre con el derecho a la salud que ni es fundamental ni puede protegerse por varias de las garantías establecidas constitucionalmente.

Sobre el fondo de los preceptos constitucionales que regulan derechos sociales, se puede afirmar que en términos generales esa lista de derechos sociales protege los bienes considerados más relevantes para el constitucionalismo social moderno⁴⁴. A continuación estudiaremos los derechos sociales constitucionales de acuerdo a su ubicación geográfica en el texto constitucional, esto es, en la Sección I del Capítulo II; en la Sección II del mismo Capítulo y, por último, nos referiremos a los que se encuentran regulados en el Capítulo III. A reglón seguido, abordaremos la cuestión de cuales derechos sociales constitucionales pueden ser definidos como fundamentales.

4.1.- Derechos sociales reconocidos en la Sección I del Capítulo II

En la sección I del Capítulo II se encuentran consagrados los siguientes derechos sociales constitucionales:

- los derechos sociales de los presos (art. 25.2);
- el derecho a la educación (art. 27);

⁴³ A juicio de PÉREZ LUÑO en esta decisión “es la vieja lógica individualista propiciadora de la concepción de fractura entre libertades y derechos sociales la que ha gravitado, por las propias condiciones políticas en que se ha gestado el proceso constituyente”. PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, Núm. 271-271, enero-agosto 2005, p.33.

⁴⁴ No obstante, existen algunos derechos sociales que no se incluyeron en el texto constitucional español actualmente vigente como son el derecho a la alimentación, el derecho al agua y el derecho a la renta básica. En particular, sobre este último derecho *Vid.* la obra colectiva DE CABO, A. y PISARELLO, G. (Coords.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.

- el derecho a la libertad sindical (art. 28);
- el derecho a huelga (art. 28).

Como veremos posteriormente, estos derechos tienen el máximo de garantías contempladas en la Constitución española.

4.2.- Derechos sociales reconocidos en la Sección II del Capítulo II

Respecto a los derechos sociales contenidos en la sección II, éstos son:

- el derecho al trabajo (art. 35.1);
- el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1).

Entre estos derechos, merece una mención especial el derecho al trabajo. Según diversos autores se trataría más bien de un principio o una mera expectativa que de un derecho propiamente tal. Entre estos autores se encuentra PECES BARBA, quien ha señalado que “existen razones técnicas que imposibilitan su construcción como derecho fundamental en una sociedad de mercado como la actual”⁴⁵. Esto se debería, de acuerdo a los que defienden esta posición, a que en una sociedad de mercado el Estado es un empleador subsidiario y no se podría obligar a los privados a otorgar un empleo. No obstante, ya vimos en el capítulo anterior que la justicia constitucional italiana ha otorgado a ese derecho un contenido mínimo que tiene más bien relación con el derecho a no ser despedido sin justa causa y podemos ahora señalar que un sentido similar se le ha dado por parte del TC desde la sentencia 22/1981, de 2 de julio⁴⁶.

⁴⁵ PECES BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.96. Una posición diferente – que compartimos- sobre la consagración del derecho al trabajo como derecho fundamental es sustentada por BAYLOS GRAU, A., “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en SALINAS MOLINA, F. y MOLINER TAMBORERO, G. (Dir.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp.13-53.

⁴⁶ Sobre dicha sentencia y el sentido que el TC le fue asignando desde un comienzo al art. 35.1 que consagra el derecho al trabajo, *Vid.* MAESTRO BUELGA, G., “Veinticinco años de los derechos del trabajo”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, pp.313-314.

4.3.- Derechos sociales reconocidos en el Capítulo III

La mayoría de los derechos sociales constitucionales se encuentran consagrados en el Capítulo III del Título I aunque con una regulación muy heterogénea. En este contexto, se ha dicho que los preceptos del Capítulo III pueden ser clasificados en diversos tipos de normas jurídicas: derechos propiamente tales; garantías institucionales y normas enunciativas de tareas del Estado⁴⁷.

En cuanto a los derechos sociales contenidos en esta parte del texto constitucional, encontramos:

- el derecho a la seguridad social (arts. 41 y 50);
- el derecho a la protección de la salud (art. 43);
- el derecho al acceso a la cultura (art. 44);
- el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45);
- el derecho a la vivienda (art. 47);
- los derechos de los disminuidos (art. 49);
- los derechos de los ciudadanos de la tercera edad (art. 50);
- los derechos de los consumidores y usuarios (art. 51).

Entre estos derechos sociales establecidos en el Capítulo III de la Constitución española, algunos destacan por constituir una novedad en el constitucionalismo español como, por ejemplo, al derecho a vivir en un medio ambiente adecuado⁴⁸ (art. 45). También destaca la especial atención a ciertos colectivos vulnerables, como las personas con discapacidad (art. 49) y las personas de la tercera edad⁴⁹ (art. 50).

⁴⁷ Cfr. LÓPEZ PINA, A., *op. cit.*, pp.19 y ss.

⁴⁸ *Vid.* sobre dicho derecho: PICONTO NOVALES, T., “El derecho a un medio ambiente”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.947-970.

⁴⁹ Acerca de los derechos de las personas mayores, *Vid.*: FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Protección constitucional de las personas mayores”, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 14, 2004, pp.345-358.

En segundo lugar, encontramos las garantías institucionales o normas de organización que han sido definidas como “una técnica de protección frente al legislador y los restantes poderes públicos de aquellas instituciones de cuya regulación en el texto fundamental puede decirse que desempeñan un papel estructurante básico en la conformación y desarrollo del orden institucional”⁵⁰.

Por último, el Capítulo III contiene también disposiciones que enuncian fines o tareas del Estado como, por ejemplo, la que se refiere a la organización de la salud pública (art. 43.2) y la que plantean el fin de promocionar y tutelar el acceso a la cultura (art. 44.1)⁵¹.

4.4.- ¿Cuáles de todos estos derechos pueden considerarse como fundamentales?

El TC le ha asignado en algunos pronunciamientos sólo a los derechos contenidos en la Sección I del Capítulo II del Título Primero de la Constitución el carácter de fundamentales, en razón de su ubicación geográfica y de las mayores garantías que establece la CE. Esta posición la planteó el máximo intérprete constitucional al referirse a la autonomía universitaria en un recurso de inconstitucionalidad presentado en relación a la Ley de Reforma Universitaria (LRU) en los siguientes términos:

“ésta se configura en la Constitución como un derecho fundamental por su reconocimiento en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I, por los términos utilizados en la redacción del precepto, por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario que llevaron a esa conceptualización y por su fundamento en la libertad académica que proclama la propia LRU”⁵².

⁵⁰ LÓPEZ PINA, A., *op. cit.*, p.19. Un ejemplo de este tipo de norma serían los arts. 39.1 y 41.

⁵¹ El resto de las normas enunciativas de las tareas del Estado están contenidas en los arts. 40.1, 43.2 y 3, 44.1 y 2, 45.2, 46, 47, 48 y 49. *Cfr.* LÓPEZ PINA, A., *op. cit.*, p.19.

⁵² STC: 26 /1987, de 27 de febrero, FJ 4º. Anteriormente esta posición se había expresado en la sentencia 62/1983, de 11 de julio mientras en la sentencia 46/1983, de 27 de mayo, todavía se incluía derechos no contenidos en la Sección I como derechos fundamentales.

En opinión de COSSIO el criterio formal utilizado por el TC no es el más acorde con el texto constitucional y, en cambio, debiera propenderse como criterio de fundamentalidad al contenido mínimo esencial pues esa es la garantía instituida por el constituyente para que se realice el valor de la dignidad humana⁵³.

Nos parece que dicha doctrina del TC respecto a los derechos sociales adolece de ser en exceso formalista y restrictiva del texto constitucional. La fundamentalidad de un derecho tiene, a nuestro juicio, más relación con la relevancia de los intereses o bienes que el derecho busca realizar que con los medios de tutela contemplados para proteger los derechos. Por otro lado, tampoco concordamos con el razonamiento de COSSIO ya que, a nuestro juicio, todas las disposiciones constitucionales pueden constituirse en parámetro de constitucionalidad de las leyes y, por tanto, tienen un contenido mínimo que debe ser resguardado. De esta forma creemos que, tal como señala PÉREZ LUÑO⁵⁴, debiera atenderse más a un criterio material e integrador que a uno formalista y concebir a todos los derechos constitucionales contenidos en los capítulos II y III como fundamentales por representar el ideal de igual dignidad y autonomía personal.

5.- Justicia Constitucional y garantías constitucionales de los derechos sociales en la Constitución española⁵⁵

Existe bastante consenso en que el sistema de justicia constitucional español no puede ser entendido como un prototipo en el sentido estricto del término, especialmente si se consideran las influencias de los modelos italiano y alemán y,

⁵³ COSSIO DÍAZ, J., *op. cit.*, pp.68 y ss.

⁵⁴ *Cfr.* PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, Núm. 271-271, enero-agosto 2005, p.35.

⁵⁵ Al estar centrado este trabajo en los instrumentos de justicia constitucional como medio para la realización de los derechos sociales, no se estudiarán en esta parte otras garantías de especial relevancia como son las denominadas garantías sociales. Para profundizar sobre su aplicación a los derechos sociales, *Vid.* PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp.73 y ss.

según algunos, también del modelo francés⁵⁶. El modelo español de justicia constitucional contempla la existencia de un Tribunal Constitucional con una amplia competencia, pues conoce de las acciones abstractas de inconstitucionalidad (que tienen una legitimación restringida), de las cuestiones de constitucionalidad que son elevadas por parte de los jueces ordinarios y del recurso directo denominado Recurso de Amparo que puede ser interpuesto por parte de las personas afectadas o que tengan algún interés en situaciones de violaciones a derechos fundamentales. Por último, la Constitución también entrega competencia al TC para conocer de los conflictos de competencia que, como veremos, asumen especial importancia en un Estado descentralizado como el español.

Respecto de las garantías constitucionales, entenderemos por ellas todos los mecanismos establecidos en la constitución que persiguen la observancia y cumplimiento de los derechos fundamentales. En la CE las garantías de los derechos fundamentales se encuentran establecidas en el Capítulo IV, que incluye los arts. 53 y 54. Como este trabajo está centrado en los derechos sociales constitucionales nos abocaremos a revisar las formas en que las garantías establecidas en el texto constitucional son aplicables a esta clase de derechos. A modo de introducción en el tema, podemos señalar que los derechos sociales reconocidos en el texto constitucional tienen diferentes niveles de garantías. Aunque durante los trabajos preparatorios se fueron produciendo algunas modificaciones en esta materia, la opción del constituyente de 1978 en orden a no definir un estatuto unitario de garantías para los derechos sociales constitucionales estuvo presente desde un comienzo⁵⁷. A continuación revisaremos las distintas garantías constitucionales y su aplicación a los derechos sociales, deteniéndonos mayormente en las garantías jurisdiccionales.

⁵⁶ Es de esta opinión, entre otros, PEGORARO, L., *op. cit.*, p.53.

⁵⁷ Para una revisión de los trabajos preparatorios de la Constitución Española de 1978 en los referente a las garantías de los derechos sociales constitucionales se puede consultar: FREIXES SANJUÁN, T., *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986, pp.139 y ss.

5.1.- Garantías de los derechos sociales constitucionales frente al legislador

5.1.1.- Rigidez constitucional⁵⁸

Lo primero que cabe decir es que por rigidez constitucional vamos a entender la exigencia de una mayoría reforzada para reformar la constitución. En el caso del ordenamiento jurídico español todas las normas constitucionales cuentan con la garantía de la rigidez constitucional puesto que sólo a través de los procedimientos contemplados en el Título X puede reformarse el texto constitucional y se trata de procedimientos más gravoso que el establecido para la formación de las leyes. Sin embargo, respecto de la reforma constitucional relativa a las disposiciones contenidas en la Sección I del Capítulo II del Título I el procedimiento es todavía más gravoso ya que el art. 168 CE asimila esa reforma a una revisión completa del texto constitucional. Esta diferenciación del constituyente es claramente una recepción del principio contra mayoritario en materia de derechos fundamentales.

En cuanto a los derechos sociales constitucionales, todos los derechos cuentan con la garantía de la rigidez constitucional pero sólo algunos con la rigidez reforzada del art. 168 CE. Se trata de los derechos sociales contenidos en la Sección I del capítulo II: los derechos de los presos (art. 25.2), el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la libertad sindical (art. 28.1) y el derecho a la huelga (art. 28.2)⁵⁹.

⁵⁸ Sobre reforma constitucional y teoría del poder constituyente, *Vid.* PÉREZ ROYO, F., “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, Núm. 69, 2003, pp.215-235; ÁLVAREZ CONDE, E., “Reforma constitucional y reformas estatutarias”, en *Cuadernos de pensamiento político*, Núm. 11, 2006, pp.43-100.

⁵⁹ En relación a la aplicación de la rigidez constitucional al Estado social ha sido afirmado que “es importante para la rigidez constitucional recordar que el substrato de la Constitución del Estado Social consiste precisamente en un amplio compromiso que trasciende las mayorías políticas para proceder a una integración que abarca a las fuerzas políticas significativas hasta el punto de ser la traducción jurídica del acuerdo global sobre las cuestiones centrales de la forma de Estado, básicamente, la relación política-economía, alcanzado entre la expresión política del capital y el trabajo, pilares básicos sobre lo que se asienta la reconstrucción después del conflicto mundial o, en nuestro caso, después de la superación de la dictadura franquista”. GARCÍA HERRERA, M., “Rigidez constitucional y Estado social”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 13, 1998, pp.55-56.

5.1.2.- Procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes

En España el Tribunal Constitucional ejerce un control concentrado y con efectos *erga omnes* que se activa a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad.

Nuevamente debemos señalar que toda norma constitucional cuenta con la garantía del control constitucional de las leyes. Por otra parte, debemos mencionar que también en este caso nos encontramos frente a una protección reforzada respecto de los derechos fundamentales pues el art. 53.1 CE establece que los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II “*se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*”. Dicha norma es, precisamente, la que regula el Recurso de Inconstitucionalidad.

A diferencia de lo que ocurre con la rigidez constitucional en este caso se mencionan en esa referencia los derechos reconocidos en la Sección II del Capítulo II pero nuevamente se excluyen los derechos sociales contenidos en el Capítulo III. Repetimos, en todo caso, el principio mencionado anteriormente: toda norma constitucional puede ser objeto de un control de constitucionalidad por lo cual tanto el Recurso de Inconstitucionalidad como la Cuestión de Inconstitucionalidad pueden ser interpuestas con el objeto de tutelar lo dispuesto en todos los derechos sociales constitucionales⁶⁰.

Como adelantamos, en ambos casos los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son tremendamente relevantes pues la sentencia que se pronuncie declarando la contradicción de una ley con un texto constitucional puede llegar a tener el efecto de anular dicha disposición legal y expulsarla del ordenamiento jurídico.

⁶⁰ *Vid.*, en el mismo sentido, PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J., “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 122, 2003, p.292; PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, Núm. 271-271, enero-agosto 2005, p.34.

5.1.2.1.- Recurso de Inconstitucionalidad

Acerca del llamado Recurso de Inconstitucionalidad tenemos que partir diciendo que en realidad nos encontramos ante una acción abstracta de inconstitucionalidad. En cuanto a la legitimación activa, estas acciones pueden ser planteadas para impugnar la constitucionalidad de leyes aprobadas por el Parlamento español por los siguientes agentes: el Presidente del Gobierno, cincuenta miembros de la Cámara baja o del Senado, por el Defensor del Pueblo, o por los gobiernos o Legislaturas de las comunidades autónomas. El Recurso de Inconstitucionalidad puede ser presentado en el plazo de tres meses desde la publicación de la ley impugnada. Aunque el fundamento de este tipo de recursos suele ser el de proteger los intereses de las minorías parlamentarias en el caso español la mayoría de las impugnaciones a las leyes han venido de parte de las Comunidades Autónomas.

5.1.2.2.- Cuestión de Inconstitucionalidad

El sistema español también consagra la cuestión de inconstitucionalidad. Dicho mecanismo de control concreto de constitucionalidad por vía incidental puede ser activado por parte de cualquier juez ordinario –de oficio o a petición de parte- cuando estime que en el curso de un proceso una ley de cuya validez dependa el fallo pueda adolecer de algún vicio que la haga contraria al texto constitucional.

5.2.- Garantías de los derechos sociales constitucionales frente a la Administración y al Poder Judicial: la reserva de ley y el principio de legalidad

Para los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo II de la CE se establece la garantía denominada “reserva de ley”, que implica que respecto de ellos sólo se puede regular su ejercicio por vía legislativa, quedando vedada la posibilidad de que se realice a través de otro tipo de normas como los reglamentos.

Es importante señalar que la regulación legal se integra al contenido de los derechos, de modo que su vulneración se traduce en una vulneración del derecho fundamental⁶¹. La regulación legal, además de no ser arbitraria, debe tener por objeto “*proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho*”⁶².

El principio de legalidad consiste en que todo acto legislativo o del Poder Judicial debe sujetarse necesariamente a lo dispuesto en la ley. La Constitución regula este principio en el art. 103 respecto del Poder Legislativo y en el art. 117 respecto del Poder Judicial, estableciendo, respectivamente, que deben actuar “*con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*” y que están sometidos “*al imperio de la ley*”.

La consagración del principio de legalidad se evidencia particularmente en el Recurso de Inconstitucionalidad ya mencionado anteriormente pues los jueces, si consideran que una disposición legal vulnera la Constitución, no pueden inaplicarla y deben someter la cuestión a la decisión del TC.

En cuanto a la reserva de ley, es pertinente recordar que lo que exige es que los aspectos esenciales de un derecho sean regulados a través de una ley pero no las cuestiones accidentales. Así se desprende también de lo señalado por el TC cuando, por ejemplo, en materia de derecho a la educación ha afirmado que “*las cuestiones de detalle que no afecten a la reserva de Ley*” pueden quedar reguladas por medio de reglamentos⁶³.

En el caso de los derechos de la Sección I la reserva de ley tiene una protección reforzada puesto que la regulación de esos derechos fundamentales debe

⁶¹ En este sentido se pronuncia el TC en materia de libertad sindical en su sentencia de 9/1988, de 25 de enero, FJ 2°.

⁶² STC: 11/1981, de 8 de abril, FJ 15°.

⁶³ STC: 5/1981, de 13 de febrero, FJ 15°.

realizarse a través de ley orgánica, lo que se traduce en la exigencia de mayoría absoluta del Congreso.

Es pertinente destacar que la garantía de reserva de ley tiene que entenderse también como un resguardo de que los aspectos fundamentales los derechos sociales serán regulados a través del debate legislativo pues, por lo menos formalmente, ello garantiza debate y transparencia. Como bien se ha señalado, la reserva de ley constituye el planteamiento más coherente con las exigencias democráticas del Estado constitucional⁶⁴. Hemos señalado con claridad que en un Estado social constitucional el legislador no puede ser omnipotente en la regulación legal de los derechos sociales constitucionales pero ello no significa de ningún modo desmerecer el rol preponderante que le cabe al legislador en la protección de los derechos sociales. La experiencia nos muestra que, en el caso de que el contenido de los derechos sociales quede relegado por completo a la voluntad de la Administración de turno, su desarrollo puede verse afectado por prácticas clientelares⁶⁵.

Por último, la reserva de ley, que tiene la característica de constituir también un límite externo de los derechos ya que el legislador podrá regular su contenido siempre y cuando no se transgreda su contenido esencial⁶⁶. En el marco de la reserva de ley el legislador debe respetar la garantía del contenido esencial establecida en el art. 53.1 CE pero a ella nos referiremos con detención en el capítulo siguiente.

⁶⁴ Cfr. AÑON ROIG, M., “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, p.43.

⁶⁵ En muchos países siguen vigentes prácticas de clientelismo político, esto es, de condicionamiento en la entrega de programas sociales a cambio de la exigencia de lealtades políticas. Creemos que la reserva legal permite, entre otras cosas, reducir los abusos de la discrecionalidad y de empleo arbitrario o interesado de los programas sociales. *Vid*, al respecto, COURTIS, C., *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. Proyecto de protección de programas sociales*, PNUD, 2007, 25 pp.

⁶⁶ Cfr. STC: 5/1981, de 13 de febrero, FJ 12°.

5.3.- Garantías jurisdiccionales: el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales y el Recurso de Amparo

En cuanto a las garantías propiamente jurisdiccionales, lo primero que debe destacarse es que la Constitución Española de 1978 contempla mecanismos que permiten que los derechos fundamentales no sean sólo valores objetivos a los que debe ceñirse el legislador sino que puedan invocarse como derechos subjetivos en supuestos concretos. Esos mecanismos constituyen las denominadas garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y son básicamente dos: el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales y el Recurso de Amparo.

El primero de ellos está contemplado en el art. 53.2 y consiste básicamente en un recurso que, en los hechos, significa desplazar otros recursos que se puedan estar conociendo en los tribunales y acortar ciertos plazos y trámites procesales. En un comienzo, esta garantía estaba regulada en la Ley 62/78, de carácter preconstitucional. Actualmente encuentra derogada y ha sido reemplazada por diversos textos normativos: el Real Decreto Legislativo 2/1995, de Procedimiento Laboral; la Ley 29/1998, que regula la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil⁶⁷.

El Recurso de Amparo es, en cambio, una acción extraordinaria de protección de algunos derechos constitucionales con carácter subsidiario. Esta acción constitucional se encuentra reglamentada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) 2/1979, de 3 de octubre, que ha sido reformada por última vez a través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. El objeto de esta garantía puede ser cualquier acto de poderes públicos que vulnere derechos fundamentales, a excepción de las leyes y de otras normas con fuerza de ley. Puede

⁶⁷ Para una revisión detallada de las garantías jurisdiccionales desarrolladas a nivel legal para la tutela de los derechos sociales constitucionales *Vid.* COLMENERO GUERRA, J., “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Núm. 2, 2006, pp.298 y ss.

ser presentado por toda persona física o jurídica, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. De acuerdo al art. 55.1 de la LOTC las sentencias que otorguen el amparo podrán adoptar una de las siguientes tres modalidades:

- declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
- reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado;
- restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación;
- en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará una cuestión de inconstitucionalidad – conocida como “autocuestión de inconstitucionalidad”⁶⁸- al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia.

No es el caso de entrar en esta sede en un análisis exhaustivo sobre la regulación legal de ambas garantías sino más bien centrarnos en si ellas proporcionan una adecuada tutela de los derechos sociales constitucionales. Al respecto, debemos advertir de inmediato que el constituyente ha establecido expresamente que ambas garantías de carácter jurisdiccional sólo pueden ser impetradas en relación a los derechos de la Sección I del Capítulo II y del principio de igualdad del art. 14. En el caso del Recurso de Amparo se incluye entre los derechos que pueden invocarse para su interposición la objeción de conciencia al

⁶⁸ *Cfr.* Sobre el tema *Vid.* el trabajo de FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 21, Año 7, Septiembre-Diciembre 1987, pp.229-250. Se utiliza la misma expresión también en DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2008, p.99.

servicio militar obligatorio del art. 30.2 CE. Se excluyen de esta forma la mayoría de los derechos sociales que, como hemos visto, están reconocidos en la Sección II del Capítulo II y, especialmente, en el Capítulo III del texto constitucional.

Esta opción del constituyente originario ha sido criticada porque supone una menor jerarquía normativa de los derechos socioeconómicos en comparación a los derechos civiles⁶⁹, lo que ha llevado a hablar de una “devaluación jurídica de los derechos sociales”⁷⁰ y de una “constitucionalización debilitada y contradictoria de los derechos sociales”⁷¹. Al confrontar esta realidad con los cinco modelos de protección constitucional de los derechos sociales revisados en el capítulo anterior queda patente que el modelo español de protección de los derechos sociales constitucionales se distancia de todos ellos pues de manera explícita configura una tutela debilitada para dichos derechos respecto de los derechos civiles y políticos. Incluso, el TC parece haber desprendido de la imposibilidad de admitir a tramitación el Recurso de Amparo en defensa de los “principios rectores de la política social y económica” la inexistencia de auténticos derechos subjetivos⁷². Lo anterior se ha traducido en muchos casos en la existencia de una jurisprudencia constitucional que ha distado de ser protectora de los derechos sociales constitucionales⁷³.

Ahora bien, esta regulación ha hecho que no sólo exista una menor valoración jurídica de los derechos de contenido socioeconómico respecto de los

⁶⁹ Es demostrativo de lo afirmado que, por ejemplo, PÉREZ ROYO alude a los principios rectores de la política social y económica como los “no derechos fundamentales”. PÉREZ ROYO, J., *op. cit.*, pp.236-237.

⁷⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990, pp.185-192.

⁷¹ PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑÓN ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.37.

⁷² *Vid.*, por ejemplo, ATC: 241/1985, de 17 de abril, FJ 1º.

⁷³ Ello ha llevado a afirmar que “este respetable razonamiento del TC desafortunadamente ha dado cabida a sin duda algunas cotidianas situaciones de indefensión, las cuales hoy resulta muy difícil poder soslayar”. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., “Apuntes sobre las dificultades existentes para la protección de los derechos sociales en el modelo de jurisdicción constitucional español”, en BIDART CAMPOS, G. (Coord.), *Economía, constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p.230.

derechos civiles sino que también podríamos hablar de derechos sociales de primera y de segunda. En efecto, en nuestra opinión no es entendible desde una perspectiva de técnica jurídica que el derecho a la educación pueda contar con garantías jurisdiccionales de las que no se puede hacer uso para proteger, por ejemplo, al derecho a la salud⁷⁴. Como dice PRIETO SANCHÍS de acuerdo al criterio utilizado en la Constitución existirían algunos derechos económicos, sociales y culturales que se pueden considerar como “débiles” y otros que podrían entenderse como “fuertes”⁷⁵. Incluso, en opinión de algunos autores, dentro de la mismos “principios rectores” las diversas disposiciones consagran los diversos derechos con distintos grados de eficacia jurídica⁷⁶.

De todas formas, como hemos señalado anteriormente existen derechos sociales incluidos en la sección I del Capítulo II de la CE. Nos referimos a los derechos sociales de los presos (art. 25.2), al derecho a la educación (art. 27), al derecho a la libertad sindical (art. 28.1) y al derecho a la huelga (art. 28.2). En el caso de estos derechos no deberían quedar dudas de que se trata de derechos directamente exigibles ya que se establece una protección reforzada y, en especial, es posible interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁷⁷. Ello es especialmente relevante ya que existe, por lo menos teóricamente, la posibilidad de que los sujetos que vean vulnerados esos derechos sociales puedan acudir a un procedimiento que garantiza cierta rapidez y eficacia en el reestablecimiento del derecho.

⁷⁴ La misma opinión se expresa en: LAPORTA, F., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p.322.

⁷⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990, p.198.

⁷⁶ Para JIMÉNEZ CAMPO entre los principios rectores se distinguen por la forma en que están redactadas los siguientes tipos de preceptos: normas programáticas, mandatos de legislar, normas de igualdad y garantías institucionales. Estas distintas categorías de disposiciones tendrían valores jurídicos dispares. Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, J., *op. cit.*, pp.128-132.

⁷⁷ Cfr. SALGUERO, M., “El derecho a la educación”, en en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p.802.

Sin embargo, no siempre la jurisprudencia constitucional ha sido muy garantista cuando se trata de la utilización del Recurso de Amparo para proteger los derechos sociales de la Sección I del Capítulo II. Así, por ejemplo, en el caso del derecho a la educación se ha señalado por el TC que algunos aspectos de ese derecho no estarían incluidos en el Recurso de Amparo. De manera específica, se ha dicho por el máximo intérprete del texto constitucional que no está resguardado por Recurso de Amparo el acceso a la educación gratuita en Centros Privados, al no poder extenderse los recursos públicos hasta donde lo deseen las preferencias individuales⁷⁸.

Respecto de los demás derechos, si bien una lectura exegética de los arts. 53.2 de la CE y 41.1. de la LOTC no permite la interposición del Recurso de Amparo, es posible realizar una interpretación extensiva para que puedan ser protegidos a través de esta garantía jurisdiccional de modo indirecto y esta idea ha sido recogida, en forma moderada, en la jurisprudencia del TC. Ello es posible por relación con otros derechos sustanciales materialmente vinculados en base a la teoría de la *vis expansiva* y a través de una conexión con el principio de igualdad del art. 14 CE⁷⁹ y con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24⁸⁰. Veremos algunos ejemplos de esta protección indirecta utilizando la tutela del Recurso de Amparo en el capítulo siguiente.

5.4.- Otras garantías: el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas

Existen otras garantías establecidas en el texto constitucional español actualmente vigente que claramente pueden constituir importantes instrumentos de

⁷⁸ Cfr. STC: 86/1985, de 10 de julio, FJ 4º.

⁷⁹ La conexión con el principio de igualdad ha sido especialmente frecuente respecto del derecho a la seguridad social. Cfr. BARCELÓN COBEDO, S., “El derecho a la seguridad social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 139, Julio-Septiembre 2008, pp.545 y ss.

⁸⁰ *Vid.*, al respecto, FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, pp.40-41; FREIXES SANJUÁN, T., *op. cit.*, pp.349-352.

tutela de los derechos sociales constitucionales. Nos referimos al Defensor del Pueblo (art. 54 CE) y al Tribunal de Cuentas (art. 136 CE).

En cuanto al Defensor del Pueblo se trata de un órgano auxiliar de las Cortes para controlar a la Administración y garantizar así mejor el ejercicio de los derechos fundamentales. Su regulación está remitida a la Ley orgánica 3/1981 donde se preceptúa que su designación requiere de tres quintos de ambas cámaras.

En la medida que entre las atribuciones del Defensor del Pueblo se encuentre la de interponer el Recurso de Inconstitucionalidad su función puede resultar valiosa para la protección de todos los derechos sociales constitucionales, independientemente de su colocación geográfica en el texto constitucional.

Un botón de muestra de lo afirmado lo representa la STC 95/2003, de 22 de mayo, sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra la ley 1/1996 de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, pues en dicho pronunciamiento se resolvió declarar inconstitucional la condición de la residencia para el ejercicio de ese derecho por parte de los extranjeros.

El Defensor del Pueblo es competente para interponer el Recurso de Amparo y esta posibilidad es también importante para la tutela de los derechos sociales constitucionales aunque, en este caso, sólo respecto de los contenidos en la Sección I del Capítulo II o respecto de los demás por medio de una protección indirecta.

En el caso del Tribunal de Cuentas, éste puede también ejercer una importante labor en la fiscalización de la utilización de los recursos públicos destinados a la realización de derechos sociales evitando así que esos fondos puedan ser desviados a otros fines o simplemente objeto de prácticas de corrupción.

5.5.- Algunas consideraciones sobre el rol de la justicia constitucional española en la protección de los derechos sociales constitucionales

Recordemos ahora lo dicho en el capítulo IV cuando citamos diversos fallos en los que el TC recogió las ideas de la reserva de lo económicamente posible y del costo de los derechos específicamente para la aplicación de derechos sociales. Señalamos que, aunque existen algunas excepciones, se trata de planteamientos que el TC ha aplicado frecuentemente. Por otra parte, en este mismo capítulo abordamos el valor jurídico atribuido netamente interpretativo que el TC ha otorgado generalmente –nuevamente con algunas excepciones- a los principios rectores de la política de la política social y económica. Por último, hemos constatado que ha sido también común la existencia de una débil protección de los derechos sociales por parte de la jurisprudencia constitucional en la aplicación del Recurso de Amparo, aunque en este caso esa doctrina encuentra fundamento en la ya criticada fórmula del art. 53.

Aunque hemos mencionado en el capítulo anterior y revisaremos en el capítulo siguiente algunos pronunciamientos del TC que han otorgado una cierta tutela a los derechos sociales, las reflexiones anteriores nos llevan a concluir que las principales características de la jurisprudencia constitucional española en esta materia son las siguientes⁸¹:

- la aplicación de la idea de la reserva de lo posible en materia de derechos sociales constitucionales;
- la atribución de un valor jurídico meramente interpretativo a los principios rectores de la política social y económica;
- el otorgamiento de un nivel importante de discrecionalidad al legislador para la configuración de estos derechos;

⁸¹ Coinciden, en gran medida, en sus apreciaciones sobre los principales rasgos de la jurisprudencia constitucional española en lo referente a su aplicación de los derechos sociales: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., *op. cit.*, pp.228-234; SÁNCHEZ, GONZÁLEZ, S. y PEREIRA MENAUT, A., *op. cit.*, p.269.

- la existencia de una débil protección de los derechos sociales constitucionales a través del Recurso de Amparo;
- la posibilidad de utilizar el Recurso y la Cuestión de inconstitucionalidad como principales medios de tutela de los derechos sociales contemplados en el texto constitucional.

6.- Derechos sociales en el modelo autonómico

En virtud del principio de unidad y del derecho a la autonomía consagrado en el art. 2 CE el Estado español se sitúa en una zona intermedia entre los Estados federales y los regionales. Este modelo implica, entre otras cosas, una descentralización del principio del Estado social y el imperativo para las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) de expresar también el carácter social y democrático propio del Estado de Derecho instituido por la norma fundamental⁸².

Lo anterior, se funda, entre otras cosas, en que el art. 9.2 establece un deber genérico para los poderes públicos de promover la igualdad real en las condiciones de vida de los individuos y, por cierto, que entre esos poderes públicos se encuentran las CCAA⁸³. Lo mismo dispone el art. 53.3 cuando, al establecer las garantías correspondientes a los principios rectores del Capítulo III del Título I, señala que éstos deben orientar la acción de los poderes públicos.

Un elemento relevante en la caracterización del modelo de derechos sociales en la Constitución Española está constituido por la existencia de competencias a nivel autonómico para la elaboración e implementación de políticas sociales. Dichas competencias están reguladas en el título VIII del texto constitucional y en los respectivos estatutos de autonomía.

⁸² Cfr. SÁENZ ROYO, E., *op. cit.*, p.179.

⁸³ *Ibid.*

La norma fundamental al respecto es el art. 149.1.1, que señala que “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. A esta norma se agregan otras disposiciones relevantes que otorgan competencias al Estado en materia de Sanidad (art.149.1.16), Seguridad Social (art.149.1.17) y Educación (art.149.1.30). En estos tres ámbitos las expresiones utilizadas para definir las competencias estatales son, respectivamente, “bases”, “legislación básica” y “normas básicas”⁸⁴. Cabe decir desde ahora que las nociones de “condiciones básicas” y las expresiones análogas del art.149 CE referidas a diversas materias sociales se han concebido en un sentido formal y material⁸⁵ y han originado problemas de interpretación debido a su indeterminación.

Por otra parte, las mencionadas normas deben ser concordadas con el art.149.3, el cual establece que “*Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”.

Por último, el art. 148 señala cuales son las materias en que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias. En relación a los derechos sociales asumen importancia los numerales referidos a Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (n.3), La gestión en materia de protección del medio ambiente (n.9), Asistencia social (n.20), Sanidad e higiene (n.21).

⁸⁴ Cabe señalar que el TC no ha concedido mayores implicancias a la variedad de términos utilizados.

⁸⁵ Sobre el tema *Vid.* ÁLVAREZ CONDE, E., “La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, Núm. 2, julio-diciembre 2004, pp.23-42.

Entre estas materias destaca la asistencia social puesto que los deslindes con la seguridad social no son fáciles de definir ya que la Constitución española no aporta mucho en ese objetivo⁸⁶. El TC ha recurrido básicamente a dos elementos para la definición de la asistencia social: en primer lugar desde la legislación general y, en segundo lugar, a través de una revisión de los tratados internacionales y en especial de la Carta Social Europea. De esta forma, ha acuñado una definición negativa de Asistencia Social, señalando que: “*lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a un técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella*”⁸⁷. Sin embargo, posteriormente se refiere en la misma sentencia a la existencia de “*planes de acción social de ámbito supracomunitario*”⁸⁸ y nuevamente vuelven a ser difusos los límites entre ambos conceptos y, sobretodo, entre las competencias estatales y autonómicas.

De todas formas, podemos señalar que en la práctica las CCAA han desarrollado una importante labor especialmente en distintas áreas vinculadas a derechos sociales. Destaca especialmente la legislación autonómica en materia de servicios sociales, rentas mínimas y voluntariado.

Un número importante de esas normas se han caracterizado por su contenido meramente programático y ello ha sido criticado por parte de la doctrina pues ello ha conllevado que su eficacia ha estado limitada por la disponibilidad presupuestaria del momento⁸⁹. Incluso, la eficacia condicionada a la disponibilidad presupuestaria ha sido explícita en el caso de lagunas leyes autonómicas referentes a servicios sociales⁹⁰.

⁸⁶ Cfr. GARCÍA HERRERA, M. y MAESTRO BUELGA, G., *op. cit.*, p.68.

⁸⁷ STC: 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 2º.

⁸⁸ STC: 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 6º.

⁸⁹ Cfr. GARCÍA HERRERA, M. y MAESTRO BUELGA, G., *op. cit.*, p.68.

⁹⁰ Un claro ejemplo de ello lo constituye el art. 12 de Ley n.2 sobre Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 4 de abril de 1984.

Es precisamente en este contexto que merece una mención especial la reciente aprobación por parte del Parlamento Balear de la Ley 4/2009, de 9 de junio, en la que se establece que después de evaluar técnicamente que efectivamente una persona o familia se encuentra en situación de necesidad que le impide acceder a una alimentación suficiente, la Administración deberá suplirla a través de diversas posibilidades, como el establecimiento de comedores sociales, bolsas de alimentos y becas para comedores. Lo relevante de esta ley es que se contempla expresamente la posibilidad de acudir a tribunales para el caso de incumplimiento de este derecho.

Por otra parte, si se revisan los debates constituyentes sobre la distribución de competencias en materia de políticas sociales se puede concluir que existió un consenso bastante amplio en que éstas debían ser compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁹¹ aunque el grado de compartición varíe en función de las materias. El TC ha señalado que tanto el legislador estatal como el autonómico deben gozar de exclusividad en sus propios ámbitos de actuación⁹², de manera tal que las Comunidades Autónomas no pueden afectar la “*regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación*” y, por su parte, la legislación aprobada por el Estado central no puede tener “*tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad*”⁹³.

Sin embargo, en la práctica las reglas sobre reparto de competencias no han estado exentas de conflictos entre el Estado y las CCAA. El instrumento que ha sido utilizado para activar esas divergencias, ha sido el recurso de conflicto de competencia. En efecto, en España, al igual que en otros ordenamientos descentralizados⁹⁴, se plantea un recurso por parte de los entes periféricos en contra del ente central. También existe el ordenamiento jurídico español después de la

⁹¹ SÁENZ ROYO, E., *op. cit.*, p.180.

⁹² *Cfr.* STC: 71/1983, de 29 de julio, FJ 2º.

⁹³ STC: 1/1982, de fecha 28 de enero, FJ 1º.

⁹⁴ Algunos ejemplos de países descentralizados en los que se contempla un recurso de los entes periféricos en contra de las leyes o actos del ente central son: Italia, Bélgica, Portugal y Suiza en Europa; Australia en Oceanía; México en América Latina; India en Asia; y Nigeria en África. *Cfr.* PEGORARO, L., *op. cit.*, p.101

reforma llevada a cabo a través de la LO 7/99, de 21 de abril, se contempla también un recurso de inconstitucionalidad para los ayuntamientos que pueden presentarlos contra leyes del Estado o de las CCAA que vulneren la autonomía local⁹⁵.

En cuanto a los conflictos de competencia entre órganos del Estado y entre el Estado y las Comunidades Autónomas, le corresponde su resolución en conformidad a la Constitución al TC. Los conflictos de competencia se subdividen en conflictos positivos y negativos. Los primeros son los que mayormente se han planteado y se producen cuando tanto el Estado como la Comunidad Autónoma reivindican como propia la competencia en disputa. En el caso, en cambio, de los conflictos negativos de competencia nos encontramos ante situaciones muy excepcionales en las que ni la administración estatal ni la autonómica se atribuyen una determinada competencia⁹⁶.

Si bien en este caso no se trata de un mecanismo que tenga la finalidad de resguardar el cumplimiento de los derechos constitucionales en la práctica sí ha tenido un rol importante en esta materia. En efecto, a falta de poder utilizar el Recurso de Amparo de manera directa para la protección de los derechos sociales constitucionales, los recursos de inconstitucionalidad promovidos por las CCAA o el Estado para objetar competencias en materias sociales y los conflictos de competencia han sido también una herramienta para delinear su contenido. Pero el objetivo principal de los recursos de conflictos de competencia que se han presentado ha sido el de buscar aclarar el reparto constitucional de competencia en importantes materias sociales entre el Estado central y las CCAA. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materias de educación⁹⁷ y medio ambiente⁹⁸.

⁹⁵ Un recurso análogo se establece en Alemania, Polonia y Ecuador.

⁹⁶ *Cfr.* PÉREZ ROYO, J, *op. cit.*, pp.819-821.

⁹⁷ *Vid.*, por todas, las SSTC: 212/2005, de 21 de julio; 188/2001, de 20 de septiembre.

⁹⁸ *Vid.*, entre otras, las siguientes SSTC sobre conflictos de competencias: 329/1993, de 12 de noviembre; 306/2000, de 12 de diciembre. De la misma forma, podemos citar en esta materia los siguientes recursos de inconstitucionalidad: SSTC: 170/1989, de 19 de octubre; 102/1995, de 26 de junio.

En algunos de esos conflictos de competencia el TC ha preferido no aplicar el anteriormente citado art. 149.1 y, en cambio, fundamentar sus decisiones en los títulos específicos establecidos en los demás numerales del art. 149. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de la STC 212/2005, de 21 de julio, en la que el máximo Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

“mientras que la regla 1 del art. 149.1 CE se proyecta de modo genérico sobre todos los derechos fundamentales, el art. 149.1.30 CE, lo hace, de modo específico, sobre el derecho a la educación. De aquí que sea esta última regla competencial la que, en primer término, resulta aplicable al caso que ahora examinamos, pues aparece plenamente justificado que dichas becas, configuradas por el legislador orgánico como un elemento central para la garantía del derecho a la educación, sin mayor precisión normativa, sean reguladas de modo complementario por la normativa básica que le está atribuida al Estado para garantizar, precisamente, ese derecho”⁹⁹.

Por otra parte, cabe señalar que se ha afirmado frecuentemente que existe una suerte de contraposición entre la cláusula del Estado social y el principio de igualdad contemplados en la CE por una parte y el principio de autonomía que entrega a las Comunidades Autónomas competencias en el ámbito social por otra¹⁰⁰. Precisamente los conflictos de competencia han sido el modo de dirimir esta suerte de dicotomía.

Un ejemplo de un caso en el que se puede apreciar esta suerte de tensión entre las competencias estatales y autonómicas en estas materias se produjo en la sentencia del TC N° 146/1986, de 25 de noviembre. El caso surgió debido a un conflicto de competencias presentado por la Comunidad Autónoma de Galicia en contra de algunas resoluciones aprobadas por el Gobierno central en materia de dotaciones económicas para la financiación de programas de acción social. En la sentencia el TC resolvió el conflicto a favor del Estado central en base a la idea que el Estado, en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir en materias que son de exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma mediante medidas de fomento, pero, a la

⁹⁹ STC: 212/2005, de 21 de julio, FJ 5°. El TC reiteró en esta sentencia la doctrina expresada en la sentencia 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 6°.

¹⁰⁰ *Cfr.* RUIZ-RICO RUIZ, G. y PÉREZ SOLA, N., “Stato autonomico e diritti dei soggetti deboli nell’esperieza spagnola”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, CEDAM, 1999, pp.589-590.

vez, debería tratar de respetar para ello, en lo posible, las competencias de las Comunidades afectadas¹⁰¹.

En un sentido similar, se pronunció el TC en la sentencia 239/2002, de 16 de diciembre, en la que rechazó un conflicto de competencia activado por el Estado en contra de una legislación autonómica andaluza relativa a ayudas económicas complementarias a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. El TC manifestó en esa oportunidad que:

“la ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema, de modo que no puede resultar extravagante desde la perspectiva del Estado social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución (art. 1 CE), que se atiendan dichas necesidades, en aras del valor de la justicia al que se refiere este precepto constitucional, desde las diversas habilitaciones previstas, las cuales, por decisión del propio texto constitucional, enlazan con específicos títulos competenciales del Estado en el sentido estricto («Seguridad Social») o de las Comunidades Autónomas («asistencia social»), siempre, naturalmente, que ello se realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de deslinde y delimitación de ambas materias”¹⁰².

A lo anterior se agrega que, con las reformas estatutarias llevadas a cabo en los últimos años, ha aflorado nuevamente el debate sobre la legitimidad constitucional de la incorporación de listas de derechos en los Estatutos de las Comunidades Autónomas puesto que en diversas de esas reformas se incluye un título de derechos¹⁰³.

El principal argumento en contra de esta posibilidad está fundamentado en que los derechos estatutarios vulnerarían los arts. 139.1, 149.1.1^a y 147.2 de la CE. El primer precepto establece que *“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”* mientras al segundo ya nos

¹⁰¹ Cfr. STC: 146/1986, de 11 de noviembre, FJ 5º.

¹⁰² STC: 239/2002, de 16 de septiembre, FJ 6º.

¹⁰³ Es el caso del Título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña con su Título (LO 6/2006, de 19 de julio); del Título II del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, de 10 de abril); del Título II del Estatuto de Autonomía de Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero); del Título I del Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo); del Título I del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril) y del Título I del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre).

referimos anteriormente y se refiere a la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en materia de derechos y deberes constitucionales. En el caso del art. 147.2 esta norma establece el contenido mínimo de los Estatutos de Autonomía y no se refiere a la existencia de derechos estatutarios. En nuestra opinión, estas disposiciones no implican necesariamente una prohibición de incluir derechos en los Estatutos de Autonomía de las CCAA puesto que la igualdad en la base no debiera implicar la imposición constitucional de un idéntico sistema de derechos y protección social en las diferentes comunidades autónomas¹⁰⁴. Así lo ha señalado también reiteradamente la jurisprudencia del TC¹⁰⁵. Respecto específicamente al art. 147.2 creemos que lo que exige ese precepto es un contenido imprescindible en los Estatutos pero no excluye la posibilidad de regular derechos estatutarios¹⁰⁶. En definitiva, nos parece claro que el reconocimiento de derechos en los Estatutos de las CCAA no es incompatible con lo dispuesto en el texto constitucional¹⁰⁷.

Corresponde, en todo caso, hacer dos alcances respecto a la incorporación de derechos en los Estatutos de Autonomía. El primero, es que los derechos estatutarios no modifican la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA. Lo segundo, es que los derechos estatutarios no pueden ser interpretados de manera que se limiten los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional o en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en España. Por lo mismo, en algunos de los nuevos Estatutos se contemplan

¹⁰⁴ De la misma opinión son RUIZ-RICO RUIZ, G. y PÉREZ SOLA, N., *op. cit.*, p.590.

¹⁰⁵ *Cfr.* SSTC: 25/1981, de 14 de julio, FJ 5º; 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2º; y 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10º.

¹⁰⁶ Es de la misma opinión Marc CARRILLO en “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 80, Año 27, Mayo-Agosto 2007, p.54.

¹⁰⁷ A la misma conclusión llegan, entre otros: CARRILLO, M., “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 80, Año 27, Mayo-Agosto 2007, pp.53-60; CAAMAÑO, F., “Sí, pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 79, Año 27, Enero-Abril 2007, pp.33 ss; ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *op. cit.*, pp.256-259. En cambio, se defiende la tesis contraria en DÍEZ PICAZO, L., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 78, Año 26, Septiembre-Diciembre 2006, pp.63 y ss.

disposiciones que explícitamente señalan que la inclusión de derechos no se traduce en una alteración en las competencias autonómicas ni pueden aplicarse de modo que reduzcan los efectos de los derechos fundamentales constitucionales o de los derechos consagrados en los tratados¹⁰⁸.

La existencia de derechos estatuarios es relevante desde la perspectiva de la realización de los derechos sociales puesto que desarrollan los derechos sociales constitucionales yendo, en muchos casos, más allá de lo establecido en la Constitución Española. Es el caso, de lo que ocurre con los estatutos de Autonomía de Cataluña¹⁰⁹ y, sobretudo, con el de Andalucía¹¹⁰ que recogen el principio de interdependencia e indivisibilidad entre las diferentes categorías de derechos y los considera a todos como derechos subjetivos¹¹¹.

En la práctica, podemos ver como la descentralización en materia de políticas sociales ha sido utilizada tanto en términos garantistas como regresivos. Así, mientras en algunas ocasiones ha significado la privatización de recursos y la afectación del principio de solidaridad entre territorios diferentes, en otros casos ha permitido ir “más allá” del contenido básico de los derechos sociales establecido a nivel estatal¹¹².

¹⁰⁸ Un ejemplo de ello lo constituye el art. 37.4 del nuevo Estatuto catalán según el cual: “*Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España*”.

¹⁰⁹ En el Estatuto de Cataluña se establece diversos mandatos a los poderes públicos de la Comunidad en materias de educación (art. 44), derechos laborales (art. 45), medio ambiente (art. 46), vivienda (art. 47), derechos de los consumidores (art. 49).

¹¹⁰ En el Capítulo II del Título I (arts. 15 a 36) del Estatuto de Andalucía se contemplan preceptos que establecen tanto derechos sociales a los ciudadanos como mandatos dirigidos a los poderes públicos de la Comunidad para la mejor realización de derechos sociales.

¹¹¹ *Cfr.* APARICIO WILHELMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los estatutos de autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?”, en *El Clip*, Núm. 42, 2007, pp.12-13.

¹¹² *Cfr.* PISARELLO, G., “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, C. (Coord.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.315-316.

En nuestra opinión, estando garantizados unos servicios públicos y “piso mínimo” de realización de los derechos sociales constitucionales, la existencia de derechos sociales en los Estatutos de Autonomía y el desarrollo de políticas sociales por parte de las Comunidades Autónomas y los ayuntamientos no debieran entenderse como contradictorios con el principio de solidaridad interterritorial. Esos derechos y políticas impulsados desde los entes locales pueden permitir superar el piso mínimo que se establece desde el nivel central y considerar de mejor manera las especificidades regionales. La experiencia nos demuestra que ello puede efectivamente ser así y existen ejemplos claros como el de las rentas mínimas de inserción y el de las ayudas complementarias de las prestaciones de seguridad social¹¹³.

7-. La aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos y la incorporación de los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico español

Como señalamos en capítulos anteriores, las dimensiones de los crímenes ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial hacían necesario que, terminado el conflicto, los Estados dieran nuevos impulsos al proceso de internacionalización iniciado tímidamente con la Sociedad de las Naciones. Para cumplir con ese objetivo, los Estados debían aceptar alguna limitación a su soberanía y abrir la puerta a la consagración de los derechos humanos de manera universal. En el caso del Estado español la incorporación a este proceso fue más lenta que en otros países europeos debido al largo periodo en que no estuvo vigente un régimen democrático¹¹⁴ que, además, derivó en el aislamiento internacional de España en los primeros años de vigencia de la ONU y en la existencia de varios debates que

¹¹³ Cfr. ORDONEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad: derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Granada, Comares, 2006, pp.218 y ss.

¹¹⁴ El retraso de España a formar parte del movimiento internacional de derechos humanos de segunda mitad del siglo XX se expresa claramente en las intervenciones de los parlamentarios durante la elaboración de la Constitución de 1978. Cfr. ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, pp.157-159.

produjo la llamada “cuestión española” en el seno del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General¹¹⁵.

No fue hasta pocos meses después de la muerte de Franco que España se incorporaría activamente a los tratados de derechos humanos¹¹⁶, como lo demuestra la tardía ratificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹¹⁷. Se puede decir que, antes de la elaboración del texto constitucional de 1978, “la asunción de obligaciones internacionales relativas a los Derechos Humanos no constituye un objetivo preferente”¹¹⁸.

No obstante, existen antecedentes anteriores que prueban la vocación internacionalista de España. Así se desprende del art. 7 de la Constitución de la II República de 1931, el cual prescribía que “El Estado español acatará las normas universales del derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo”. Cabe destacar que, de acuerdo a la mayoría de los autores iusinternacionalistas, esa norma no constituye una disposición aislada y se enmarca en la doctrina española clásica dominante¹¹⁹.

En el caso de otras constituciones se han establecido preceptos similares que incorporan los tratados internacionales de derechos humanos directamente al derecho positivo interno. Así, la Ley Federal alemana, prescribe en el art. 25 que

¹¹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., “La institucionalización de España en la sociedad internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp.319-320.

¹¹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *op. cit.*, p. 322.

¹¹⁷ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales fue ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: demandas contra España*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p.39.

¹¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La aplicación de los tratados internacionales en España”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp.42-43; y MANGAS MARTÍN, A., “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho español”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp.15-17.

*“Las normas generales del Derecho Internacional público son parte integrante del Derecho Federal (...); tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”*¹²⁰.

Sin embargo, en el caso de la Constitución española de 1978 actualmente vigente, no se contempla una norma como la mencionada y tampoco se explicita la jerarquía y nivel de efectividad de las normas internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Por ello, para esclarecer cual es la eficacia jurídica de las disposiciones de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales deben interpretarse conjuntamente varias disposiciones. En primer lugar, el art. 96.1, que establece que todos los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados obligan al Estado español y deben ser incorporados al ordenamiento jurídico interno mediante su publicación en el Diario Oficial del Estado. Una vez que hayan sido publicados, obligan tanto a los tribunales de justicia como a los demás órganos del Estado. Por otra parte, la misma disposición establece que los tratados internacionales no podrán ser derogados o modificados por la legislación interna, sino *“en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”*¹²¹.

En cuanto a la jerarquía de las normas de derechos humanos de los tratados internacionales y su posible contradicción con las disposiciones que garantizan derechos fundamentales en la Constitución Española, su art. 10.2 establece que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. ¿Cuál es, entonces, la relevancia jurídica del precepto recién transcrito? De acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional, la norma no debe ser interpretada en el sentido de que

¹²⁰ En un sentido similar se establecen cláusulas análogas en el art. 10 de la Constitución italiana de 1947 y en el art. 8 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹²¹ Como se puede observar, la norma es coherente con el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, según el cual *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

otorga jerarquía constitucional a las libertades y derechos proclamados en tratados internacionales, sino más bien, debe entenderse que obliga a que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española deben ser interpretados de acuerdo al contenido de esas disposiciones internacionales¹²², que, por tanto, terminan configurando su sentido y alcance¹²³.

El TC ha sido claro en conceder mayor jerarquía al texto constitucional sobre las normas de los tratados, como ocurrió por ejemplo en la STC 229/1992 al enfrentarse en la contradicción existente entre el art. 14 de la Constitución y el art. 8.4b) de la Carta Social Europea¹²⁴. En la mencionada sentencia, también se deduce que, toda vez que los tratados de derechos humanos contengan normas menos favorables que las de la normativa interna, deberá aplicarse esta última. Se trata, por lo demás, de un principio que es coherente con lo consignado en el art. 32 de la misma CSE y en otros tratados internacionales.

Entre los autores de Derecho Internacional, la posición mayoritaria sostiene que, como consecuencia de la interpretación conjunta de los arts. 96.1, inciso segundo, y 95 del texto constitucional, tienen una posición superior a la ley e inferior a la Constitución¹²⁵.

A lo antes dicho se une la opinión de algunos autores como RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, que afirman que al art. 10.2 de la Constitución le corresponde ejercer en el ordenamiento jurídico español también una función expansiva e reintegradora de nuevos derechos fundamentales, “al ritmo del cambio

¹²² Cfr. STC: 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5°.

¹²³ Vid. SSTC: 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 3° y 4°; 38/1985, de 8 de marzo, FJ 4°; y 254/1993, de 20 de julio, FJ 6°.

¹²⁴ Cfr. STC: 229/1992, de 14 de diciembre.

¹²⁵ Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, D., “La aplicación en España de los tratados relativos a derechos y libertades fundamentales” en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p.277; MANGAS MARTÍN, A., MANGAS MARTÍN, A (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp.21-26.

histórico y del avance de la conciencia colectiva hacia más altas cotas de libertad, igualdad y solidaridad”¹²⁶. Compartimos lo anterior y creemos que esa función puede ser especialmente relevante en el caso de los tratados que contienen derechos sociales¹²⁷.

En lo referido específicamente a la incorporación en España de los tratados internacionales que contienen disposiciones sobre derechos económicos, sociales y culturales, es oportuno resaltar que la mayoría de ellos se encuentran vigentes en España desde hace bastante tiempo. Así, el Reino de España ratificó el PIDCP y el PIDESC el 27 de abril de 1977; la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación Racial el 13 de septiembre de 1968; la Convención contra Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer el 5 de julio de 1984 y la Convención de los Derechos del Niño el 6 de diciembre de 1990.

Sin embargo, no obstante la vigencia en España de todos esos tratados que reconocen derechos sociales ha sido mucho más frecuente la utilización de los tratados sobre derechos civiles y políticos respecto de aquellos que regulan derechos económicos, sociales y culturales y han sido mayormente aplicados los del sistema regional que los del sistema de la ONU. Por último, entre los preceptos de los tratados internacionales que consagran derechos sociales los más citados por parte del TC y de los jueces ordinarios han sido los referidos a derechos laborales¹²⁸.

¹²⁶ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Artículo 10”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las Leyes Políticas, Tomo II*, Madrid, Edersa, 1996, p.140.

¹²⁷ No compartimos la opinión de CASTELLÀ ANDREU quien, a través de una interpretación restrictiva del art. 10.2, sostiene que dicha disposición no puede ser utilizada para la interpretación de los principios y derechos sociales consagrados en el Capítulo III del Título I del texto constitucional. *Cfr.* CASTELLÀ ANDREU, J. “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en APARICIO PÉREZ, M. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Madrid, Cedecs, 2001, pp.155-156.

¹²⁸ *Cfr.* AÑON ROIG, M., “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, pp.25-26.

8.- Incorporación de España al Derecho Comunitario y su incidencia en los derechos sociales constitucionales

El establecimiento del art. 93 de la Constitución española de 1978 obedece, según parte de la doctrina, a la explícita voluntad del constituyente de posibilitar el ingreso del Estado español al ordenamiento comunitario y constituye un supuesto de “autorrupción constitucional” ya que permite la existencia de normas aprobadas al margen de los procedimientos contemplados en el texto constitucional¹²⁹.

El ingreso a las Comunidades Europeas se produjo algunos años después, a través de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, que autorizó la adhesión de España a la Europa comunitaria, y su entrada en vigor el 1 de enero de 1986. Dicha normativa constituyó sin duda la concretización de una decisión política con importantísimas consecuencias en el plano interno, con diversos ribetes de orden jurídico, económico y social y abriendo una relación no exenta de dificultades entre el derecho comunitario y el derecho interno.

Con posterioridad, cuando se trató la firma del Tratado de Maastricht, el TC declaró su incompatibilidad con la Constitución exigiendo que antes de dicha firma se reformara el art. 13.2 de la CE¹³⁰, siendo la primera vez que el TC hizo uso de su competencia preventiva frente a tratados internacionales. Dicha reforma se realizó por el procedimiento previsto en el art. 167 del texto constitucional y se modificó el art. 13.2 para admitir el derecho pasivo de los nacionales comunitarios en las elecciones municipales.

Esa reforma fue relevante pues después de Maastricht el Derecho Comunitario incidió fuertemente en modificar las relaciones entre Estado y economía en múltiples países de la Unión debido, entre otras cosas, a la inclusión del “Pacto de Estabilidad y Crecimiento” que se proponía contener la inflación y

¹²⁹ FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Acotaciones al tema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 51, 1986, pp.193-197.

¹³⁰ *Cfr.* TC: Declaración 1/1992, de 1 de julio.

limitar el gasto público. Los efectos a nivel nacional fueron significativos y España no fue la excepción. Los principios constitucionales de la denominada Constitución Económica a los que nos referimos anteriormente se han visto modulados de manera significativa por las reglas establecidas por el Derecho Comunitario en materia de libertad de competencia¹³¹, la que ha pasado a normar incluso múltiples áreas del servicio público¹³². Ello ha llevado a afirmar que las políticas económicas comunitarias han afectado severamente la realización de los principios y derechos sociales contenidos en la Constitución Española¹³³.

No obstante lo anterior, como tuvimos oportunidad de mencionar en el capítulo III, desde los mismos tratados y directivas comunitarios así como en parte de la jurisprudencia del TJUE podrían extraerse principios como el de cohesión social muy diferente a los principios de libertad de empresa y de competencia hasta ahora pilares del ordenamiento jurídico comunitario. De esta manera, aunque parece difícil que ello sea posible en el corto plazo, se podría evolucionar hacia un regreso al constitucionalismo social en las políticas de la Unión y en las de los Estados miembros, incluida España¹³⁴.

El TC se ha tenido que pronunciar también acerca de las consecuencias de la adhesión de España a la Unión respecto de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, afirmando en más de una ocasión que dicha adhesión no ha

¹³¹ Se plantea la vinculación existente entre los principios de la “Constitución Económica” establecidos en el texto constitucional español y el modelo económico de la Unión en: ARAGÓN REYES, M., “Constitución y modelo económico”, en CALDERÓN SCHRADER, C. (Ed.), *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p.384.

¹³² *Cfr.* MERCADO PACHECO, P., *op. cit.*, pp.864 y ss.

¹³³ Son de esta opinión, entre otros: PISARELLO, G., “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.317; GARCÍA HERRERA, M., “Rigidez constitucional y Estado social”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 13, 1998, pp.76 y ss.

¹³⁴ Nuevamente citamos a MERCADO PACHECO quien sobre este punto, expresa con lucidez que “Europa puede y debe ser el espacio público en el que reproponer una nueva clausura político-jurídica de los procesos de globalización de la economía”. MERCADO PACHECO, P., *op. cit.*, p.871.

generado una alteración en esas competencias¹³⁵ puesto que “no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario”¹³⁶.

Por último, otro momento relevante en la relación entre el Derecho Constitucional interno y el Derecho Comunitario se produjo en el marco del proceso de ratificación del frustrado Tratado por el que se establecía la denominada Constitución Europea. Dicho Tratado preveía un art. I-6, cuyo tenor literal era el siguiente: “*La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*”. Ante un requerimiento del Gobierno, el TC se pronunció por la constitucionalidad del citado precepto argumentando que la preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional es compatible con el texto constitucional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto¹³⁷. Lo anterior ha llevado a diversos autores a afirmar que el modelo español se configura con una “estructura multinivel” de protección de derechos fundamentales en general y, de derechos sociales fundamentales en particular¹³⁸. No es posible ya visualizar a los derechos sociales constitucionales con una mirada encerrada en la antigua visión del Estado-Nación sin considerar las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ni la influencia que tienen en su adecuado desarrollo la mundialización económica¹³⁹ y el proceso de integración europea¹⁴⁰.

¹³⁵ *Id.*, al respecto, las SSTC 225/1988, de 25 de noviembre; 236/1991, de 12 de diciembre; 79/92, de 28 de mayo.

¹³⁶ STC: 141/1993, de 14 de julio, FJ 2º.

¹³⁷ *Cfr.* DTC: 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4º.

¹³⁸ Al respecto se ha afirmado que “las Cartas de Derechos proliferan en los varios ámbitos territoriales (internacional, estatal, regional, local) y sectoriales (servicios sanitarios, transportes, administración de justicia, códigos del buen gobierno, etc.) que, a veces, se entremezclan entre sí. Todo lo cual no deja de plantear importantes problemas jurídicos como son, entre otros, la naturaleza de los instrumentos donde se ubican estas declaraciones, el propio significado de su contenido, su eficacia, su sistema de protección, sus relaciones con otras declaraciones de derechos y con el sistema de fuentes del derecho, etc.”. ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *op. cit.*, p.232. Entre los autores que utilizan la expresión de estructura o protección “multinivel” encontramos también: CARRILLO, M., “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 80, Año 27, Mayo-Agosto 2007, p.62; PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp.111 y ss.

¹³⁹ Para revisar un interesante trabajo en el que se analiza la influencia de la mundialización económica en el Derecho Constitucional, llegando a defender la tesis de que dicho fenómeno afecta

las mismas bases del constitucionalismo, *Vid.* DE VEGA GARCÍA, P., *op. cit.*, pp.1509-1581. Sobre esta cuestión ha llamado la atención también TAJADURA TEJADA afirmando que “ante los desafíos de la globalización, el sistema de garantías propio del Estado Constitucional, resulta insuficiente para proteger la efectividad de los derechos sociales”. TAJADURA TEJADA, J., “La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización”, en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Núm. 2, 2006, p.133. Recordamos que, por nuestra parte, nos referimos al impacto que tiene el proceso de globalización económica en la realización de los derechos humanos sociales en el Capítulo II.3, *supra*.

¹⁴⁰ *Cfr.*, MERCADO PACHECO, P., *op. cit.*, p.871.

CAPÍTULO VII
LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA DE LOS DERECHOS
SOCIALES CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA AL
CASO ESPAÑOL

1.- Introducción

En capítulos anteriores revisamos cada una de las objeciones a la exigibilidad de los derechos sociales y las refutamos señalando que esta clase de derechos pueden ser justiciables. También nos referimos al rol que puede tener la justicia constitucional en la protección de los derechos sociales y describimos algunos modelos de regulación constitucional en el Derecho Comparado. Con mayor detención analizamos el modelo español de protección constitucional de los derechos sociales.

En el presente capítulo buscaremos demostrar empíricamente muchos de los planteamientos y argumentos que defendimos en los capítulos anteriores. En esta parte defenderemos las tres tesis planteadas en los comienzos de esta investigación y que en parte han sido desarrolladas en los capítulos anteriores:

- *Que los derechos sociales pueden ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales, sea de manera directa o indirecta;*
- *Que, en un Estado constitucional de Derecho en el que se busca proteger los valores de igual dignidad y autonomía personal, los derechos sociales deben tener, en las constituciones, el mismo estatus jurídico y el mismo nivel de protección por parte de la justicia constitucional que los clásicos derechos civiles y,*
- *Que, aunque los derechos sociales consagrados en la Constitución española de 1978 tengan en el ordenamiento jurídico español menores garantías respecto a los otros derechos constitucionales, deben ser considerados como plenamente exigibles para los poderes del Estado.*

Para la defensa de estas tesis, revisaremos distintas formas y estrategias que se han utilizado ante los jueces constitucionales para lograr su exigibilidad, pues hemos sostenido que la justicia constitucional puede constituir un espacio importante para su protección y para abrir debates públicos que aporten en mejorar su realización. Utilizaremos en este capítulo también jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues también pueden permitir avanzar en el cumplimiento de los derechos sociales y, como hemos comprobado, son citados por parte de la justicia constitucional en España y en el Derecho Comparado.

Clasificaremos las formas de recurrir ante la justicia constitucional y los tribunales internacionales en mecanismos de justiciabilidad directa y mecanismos de justiciabilidad indirecta¹. Entendemos por justiciabilidad de los derechos sociales todas las acciones y recursos judiciales que permiten avanzar en la realización de esta clase de derechos ante los tribunales de justicia, sean estos ordinarios o constitucionales. Respecto a la justiciabilidad directa nos referimos a las demandas, recursos y reclamos presentados en instancias jurisdiccionales alegando directamente la violación de algún derecho social expresa o implícitamente establecido en disposiciones constitucionales o de tratados internacionales. En cambio, por justiciabilidad indirecta aludiremos a cualquier otro medio que busque la realización de un derecho social a través de otros derechos y estrategias como son, por ejemplo, la invocación de un derecho civil o del principio de igualdad.

2.- Justiciabilidad directa

2.1.- La justiciabilidad de los derechos sociales constitucionales respecto a los particulares

¹ En la parte referida a las distintas formas de justiciabilidad se seguirá el esquema de ABRAMOVICH y COURTIS aunque con algunas variantes. *Cfr.* ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp.132-248. Posteriormente el mismo esquema ha sido utilizado, entre otros, en: AÑÓN ROIG, M. y GARCÍA AÑÓN, J. (Coords.), *op. cit.*, pp.158-167; GARCÍA MORALES, A., *op. cit.*, pp.99 y ss.

2.1.1.- Consideraciones generales

La exigibilidad de los derechos sociales en las relaciones estatales tiene relación con el llamado “efecto horizontal de los derechos humanos” o *Drittwirkung* de acuerdo a la doctrina alemana². Ya señalamos en el Capítulo II que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su interpretación de los preceptos del Pacto ha establecido la obligación estatal de “proteger” los derechos sociales y que ello exige la tutela por parte del Estado de la libertad de los individuos de ejercer sus derechos con sus propios recursos sin ser afectados por terceros. Como veremos, este nivel de obligaciones estatales y el efecto horizontal de los derechos humanos tienen especial relevancia en el ámbito de las relaciones laborales ya que el Derecho del Trabajo interviene, fundamentalmente, en relaciones entre privados.

Sobre la oponibilidad de los derechos sociales a los particulares, compartimos lo expresado por PÉREZ LUÑO, quien ha afirmado que “los derechos sociales, en cuanto derechos fundamentales, suponen la consagración jurídica de unos valores que por su propia significación de básicos para la convivencia política no limitan su esfera de aplicación al sector público o al privado, sino que deben ser respetados en todos los sectores del ordenamiento jurídico”³.

En cuanto a la obligatoriedad de los derechos sociales en las relaciones entre particulares en el ámbito de la justicia constitucional, se han formulado diversos pronunciamientos en América Latina y Europa. Así, en América Latina un ejemplo está constituido por la Corte Suprema de Costa Rica la cual, en forma tajante, ha afirmado que: “*este deber de sujetarse según los lineamientos del Estado Social de Derecho no*

² Sobre la “*Drittwirkung*” o efecto horizontal de los derechos humanos *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp.506-524 y GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, 149 pp.

³ PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, Núm. 271-271, enero-agosto 2005, p.31.

*está constreñido a la Administración, sino que se extiende a toda la comunidad nacional, pues se trata de una regla fundamental de la convivencia ciudadana en nuestro sistema político*⁴.

Nuevamente en Latinoamérica, la jurisprudencia constitucional chilena también se ha inclinado por validar el efecto horizontal de los derechos fundamentales respecto de los derechos sociales constitucionales. Así lo han manifestado tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios conociendo del Recurso de Protección en sus pronunciamientos referentes al derecho a la salud cuando las prestaciones son otorgadas por parte de aseguradoras privadas. De esta forma, en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que ya citamos precedentemente, el máximo intérprete del texto constitucional chileno, refiriéndose conjuntamente al derecho a la vida y al derecho a la salud, afirmó que: *“los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos*⁵.

Por último, en Italia existen múltiples fallos de la *Corte Costituzionale* en los que se ha dado aplicación al efecto horizontal de los derechos fundamental en relación a los derechos sociales. Un ejemplo es el derecho a la salud pues la Corte ha afirmado que éste *“es tutelado por la Constitución no sólo como un interés de la comunidad sino sobretudoo como un derecho fundamental del individuo, de manera que se configura como un derecho primario y absoluto que opera también en las relaciones entre privados*⁶.

2.1.2.- El caso español

En el ordenamiento jurídico español la eficacia de los derechos fundamentales respecto a los individuos particulares se desprende del art. 9.1 de la CE en el que se afirma que *“los ciudadanos (...) están sujetos a la Constitución y al resto del*

⁴ Corte Suprema, Sala Constitucional, Costa Rica: sentencia N° 2005-13205 de las 15:13 hrs. del 27, de setiembre del 2005, Considerando III.

⁵ Tribunal Constitucional, Chile: Sentencia N° 976 del 26 de junio de 2008, Considerando Jurídico 25.

⁶ Corte Costituzionale, Italia: sentencia 88/1979, de 26 de julio, Considerando Jurídico 2.

ordenamiento jurídico”. El TC ha acogido el principio de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, interpretando el art. 44.1b) en el sentido que son imputables a los jueces las violaciones cometidas en juicios entre particulares que sean derivadas de la aplicación de leyes inconstitucionales o de un uso constitucionalmente incorrecto de normas que no entran en contradicción con el texto constitucional⁷.

Respecto a los derechos sociales constitucionales, tal como hemos señalado, uno de los ámbitos donde este tema adquiere más relevancia es en el de las relaciones laborales⁸. En efecto, aunque las relaciones entre trabajadores y empleadores sean vínculos entre privados, el Estatuto de los Trabajadores limita su autonomía de la voluntad para fijar las cláusulas de los contratos de trabajo, sean estos individuales o colectivos⁹. Así, en el caso del derecho al trabajo consagrado en el art. 35 de la CE –que, como sabemos, no cuenta con la garantía del recurso de amparo–, el TC ha señalado que “*en su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa*”¹⁰. De lo anterior se deduce que la Constitución impone ciertos condicionamientos al régimen de extinción del contrato de trabajo y que el Estado debe intervenir en el caso que dichas disposiciones sean vulneradas.

Ahora bien, se produce una protección reforzada cuando se efectúan despidos que vulneren derechos fundamentales de los trabajadores o los empleadores infringen los derechos a la libertad sindical y la huelga establecidos en el art. 28 de la CE. En esas situaciones es perfectamente posible interponer el recurso de amparo por parte de lo afectados y estamos de lleno en el efecto

⁷ Cfr. FIGUERRUELO, BURRIEZA, A., *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, pp.44-45.

⁸ Cfr. BILBAO UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.659 y ss.

⁹ Cfr. BAYLOS GRAU, A., *op. cit.*, p.32.

¹⁰ STC: 22/1981, de 2 de julio, FJ 8º.

horizontal de los derechos humanos. El TC se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la aplicación del principio de igualdad en las relaciones horizontales en el ámbito de las relaciones laborales y la mayor parte de los casos se han suscitado por despidos motivados en el ejercicio por parte del trabajador de su derecho a la libertad de expresión y de la libertad sindical¹¹. En otras hipótesis vinculadas a los derechos sociales constitucionales en las que no es posible interponer el recurso de amparo en contra de particulares se podrá presentar en contra de la sentencia que no protegió el derecho social en cuestión alegando la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24) y, en último caso siempre existe la posibilidad de utilizar la vía ordinaria.

En el ámbito de la doctrina española, consideramos acertada la opinión de CASCAJO CASTRO quien, haciendo alusión a la utilización del efecto horizontal a los derechos sociales constitucionales, sostiene que “parece admisible que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, o el derecho a la protección de la salud, o los derechos de huelga y libertad sindical, deban ser considerados como situaciones jurídicas operativas frente a los poderes públicos como en las relaciones jurídicas entre particulares”¹².

2.2.- Eficacia jurídica de la cláusula del Estado social y de las disposiciones que configuran principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico

2.2.1.- Consideraciones generales

Después de haber formulado algunas reflexiones generales sobre la cláusula del Estado social en el Capítulo I y, en los dos capítulos anteriores, otras más específicas sobre su incorporación en algunos textos constitucionales en el Derecho

¹¹ *Vid.*, por ejemplo, SSTC: 78/1982, de 20 de diciembre; 55/1983, de 22 de junio; 47/1985, de 27 de marzo y 38/1981, de 23 de noviembre. Sobre la relevancia de esta última sentencia, *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Despidos discriminatorios y libertad sindical (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981)*, Madrid, Editorial Civitas, 1983.

¹² CASCAJO CASTRO, J., *op. cit.*, p.89.

Comparado y en la Constitución española de 1978, en esta parte nos centraremos su eficacia jurídica para la protección de los derechos sociales constitucionales así como en la posibilidad de apoyarse en otros principios y valores constitucionales vinculados a la igualdad sustancial. Para ello, revisaremos algunos ejemplos en el Derecho Comparado y, posteriormente, abordaremos la realidad española.

Entre los ordenamientos jurídicos europeos que han consagrado la cláusula del Estado social, destacan especialmente las constituciones de Alemania y de Portugal. En Alemania, como se expresó con anterioridad, al no existir una extensa lista de derechos sociales, éstos han adquirido rango constitucional a través de la utilización de la cláusula del Estado social por parte del Tribunal Constitucional Alemán¹³.

En el caso de Portugal, la fórmula del Estado social se ha desprendido de diversas disposiciones y, en especial, de lo dispuesto en el art. 2 en orden a que la República Portuguesa se constituye en un Estado Democrático de Derecho que “*tiene por objetivo la realización de la democracia económica, social y cultural*”. En la doctrina portuguesa, GOMES CANOTILHO se ha mostrado contrario a que los ciudadanos puedan, en base al principio general de democracia económica y social -equiparable a la fórmula del Estado social en el caso del derecho portugués- fundamentar ante los tribunales y la administración pretensiones jurídicas concretas¹⁴. Según el mencionado autor ello no es posible porque cuando nos referimos a ese principio lo estamos haciendo como un principio fundamental objetivo y no como una norma de prestación subjetiva¹⁵. No obstante, GOMES CANOTILHO asegura que el principio de la democracia social puede hacerse valer de manera vinculante junto a otras disposiciones, en especial el art. 283 referido a la inconstitucionalidad por

¹³ Nos remitimos al respecto a lo ya dicho en el análisis del modelo alemán en el Capítulo V.3a), *supra*.

¹⁴ *Cfr.* CANOTILHO GÓMES, J., *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1992, p.477.

¹⁵ *Ibid.*

omisión –volveremos a ello más adelante- y al art. 100.2c), que establece el principio de la defensa de las condiciones mínimas de existencia¹⁶.

En América Latina, la Corte Constitucional de Colombia ha extraído el “derecho a un mínimo vital” en base a la cláusula del Estado social y al valor de la dignidad humana, protegiendo por esta vía derechos sociales en una variedad de materias como, por ejemplo, situaciones de despidos a mujeres embarazadas, el reconocimiento de prestaciones de seguridad social y la falta de prestación de servicios de salud¹⁷.

Cabe destacar de modo especial una sentencia que reconoció la existencia del citado mínimo vital en este caso en relación al derecho a la seguridad social. En la argumentación de la Corte se constata como el mínimo vital se fundamenta en la fórmula del Estado social y en los principios de dignidad humana y solidaridad. En efecto, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo (Preámbulo, CP art. 2). Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”¹⁸.

Además de la cláusula del Estado social, existen también disposiciones que consagran valores esenciales del ordenamiento jurídico y, en algunos casos, la justicia constitucional le ha otorgado una importante eficacia jurídica. Es el caso del principio de solidaridad contemplado en el art. 74 de la Constitución de Costa Rica.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Cfr.* NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 143, 2009, pp.149-150.

¹⁸ Corte Constitucional, Colombia: T-426 de 1992, de 24 de junio, Considerando 5.

La Corte Suprema de dicho país ha señalado al respecto que “*una adecuada lectura de nuestro texto constitucional acarrea necesariamente la conclusión de que el sistema de derechos fundamentales en él establecido no se encuentra basado en el individualismo utilitarista, sino más bien en una concepción del hombre en el marco de la sociedad en la que se desenvuelve*” y que “*para lograr una más homogénea estratificación social, los individuos deben contribuir de acuerdo con sus posibilidades, en beneficio de quienes menos poseen*”. La Corte llega a afirmar incluso que “*lo anterior es un derecho fundamental de las personas que ocupan los estratos inferiores, y un deber de todos, principalmente los más beneficiados por el sistema económico*”¹⁹.

2.2.2.- El caso español

Ya nos hemos referido en términos generales en el capítulo anterior a la fórmula del Estado social y democrático de Derecho establecida en el art. 1.1 de la CE. Lo que ahora nos interesa particularmente es conocer cual es la eficacia jurídica de la cláusula del Estado social a los efectos de proteger los derechos económicos, sociales y culturales. En España la mayoría de la doctrina es contraria a que dicha cláusula pueda tener consecuencias jurídicas de exigibilidad. Así, GARRORENA MORALES sostiene que “la fórmula en cuestión no realiza referencias normativas individualizables y, por tanto, concretables inmediatamente en un derecho subjetivo jurisdiccionalmente exigible”²⁰. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, sostiene respecto al art. 1.1 de la CE, que “es sustancialmente una cláusula que abre posibilidades al poder democrático y las abre en todas las direcciones”²¹. Se trataría, en definitiva, de un mandato que puede ser entendido de muy distintas maneras, con diversos grados de urgencia, escasa densidad jurídica y quedando su aplicación a la discreción de los poderes políticos²².

¹⁹ Corte Suprema, Sala Constitucional, Costa Rica: sentencia Núm. 3338-1999 de las 18:45 hrs. del 5 de mayo de 1999, Considerando III.

²⁰ GARRORENA MORALES, A., *op. cit.*, pp.99-100.

²¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p.173.

²² *Cfr.* FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, pp.167 y 177-180.

Sin embargo, como subraya GARRORENA, lo anterior no significa que la cláusula del Estado social no tenga ninguna relevancia jurídica²³ y, tal como bien lo plantea LOPEZ PINA²⁴, esta ha sido la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional español que desde los primeros años de vigencia del texto constitucional ha utilizado el art. 1.1 como un instrumento de interpretación en la aplicación de la normativa constitucional en el ámbito laboral²⁵. Lo anterior es destacable, especialmente si se considera que la incorporación de la cláusula del Estado social en la Constitución española se produjo en un momento en que ya se ponía claramente de manifiesto la denominada crisis del Estado social²⁶. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia 11/1981, de 8 de agosto, en la que para definir el contenido esencial del derecho a la huelga se utiliza también el art. 1.1 CE afirmando que:

“la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales”²⁷.

En muchas otras ocasiones el TC ha extraído diversas consecuencias del art. 1.1 como cuando en la sentencia 81/1982 sustentó en base a esa disposición la irreversibilidad de los derechos sociales –veremos este tema más adelante–; en la sentencia 14/1983 justificó un tratamiento más favorable a los trabajadores respecto de los empresarios en el marco del derecho laboral o con la admisión de la compatibilidad de las pensiones formulada en la sentencia 19/1982.

²³ Cfr. GARRORENA MORALES, A., *op. cit.*, pp.99-100.

²⁴ Cfr. LÓPEZ PINA, A., *op. cit.*, p.21.

²⁵ Cfr. SSTC: 11/1981, de 8 de agosto, FJ 9º; 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6º; 6/1984, de 24 de enero, FJ 3º; 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3º; 77/1985, de 27 de junio, FJ 24º.

²⁶ Cfr. PÉREZ ROYO, J., “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, Núm. 10, Enero-abril 1984, p.170.

²⁷ STC: 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 9º.

Además, debe recordarse que, de acuerdo al art. 9.1, la Constitución como norma suprema obliga en todas sus disposiciones y éstas no deben entenderse en absoluto como normas programáticas²⁸. En especial, la citada disposición se refiere al sometimiento de los poderes públicos a las normas constitucionales lo que ha sido interpretado por el TC en el entendido que “*de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte de los ciudadanos*”²⁹.

De lo anterior se pueden deducir a lo menos dos consecuencias. La primera es que los poderes públicos están sometidos a todos los preceptos constitucionales. Por lo tanto, no solamente deben procurar asegurar los derechos fundamentales civiles y políticos sino también los derechos sociales constitucionales consagrados en forma dispersa en los capítulos II y III del texto constitucional. La segunda implicancia de la mencionada sentencia del TC es que a los poderes públicos les corresponde no solamente respetar y no afectar los derechos de los ciudadanos sino también adoptar medidas activas para la realización de los derechos.

Por otra parte el art. 9.2 CE intensifica la concepción social del Estado de Derecho español puesto que de manera expresa e inequívoca ordena a los poderes públicos la realización de políticas impregnadas por el principio de la igualdad sustancial³⁰. De esta manera, la vinculación de los poderes políticos a los derechos sociales constitucionales se refuerza con la combinación de lo dispuesto por los arts. 1.1, 9.1 y 9.2. El juego de estos preceptos nos lleva a afirmar que la aplicabilidad directa y la normatividad que tiene las constituciones en los ordenamientos que se

²⁸ Cfr. SSTC: 16/1982, de 28 de abril, FJ 1º; 80/1982, 20 de diciembre, FJ 1º.

²⁹ STC: 53/1985, de 11 de abril, FJ 4º.

³⁰ El TC ha reafirmado el principio establecido en el art. 9.2 señalando que “*los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la igualdad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I la Constitución, y singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (artículo 9.2 CE)*”. STC: 189/1987, de 24 de noviembre, FJ 10º.

rigen por el ideal del Estado de Derecho se ve reforzada por el compromiso igualitario derivado de su carácter de “social” y del principio democrático que está precisamente en la base del calificativo de “democrático”. Si se asume este razonamiento todos los derechos sociales constitucionales tienen un sentido jurídico que vinculan a los poderes públicos y, en especial, al legislador, éstos no pueden actuar de forma completamente discrecional en asuntos relacionados con dichos derechos³¹.

2.3.- Principio de Progresividad

2.3.1.- Consideraciones generales

En el Capítulo II nos referimos a las exigencias que conlleva el principio de progresividad establecido en el PIDESC para los Estados Partes. Dijimos que dicho principio no puede en ningún caso entenderse como una fórmula vacía y que, al contrario, se traduce en obligaciones concretas de adoptar medidas encaminadas a lograr avanzar en la realización de los derechos establecidos en el Pacto. A lo dicho anteriormente podemos ahora agregar que, como bien se ha señalado en parte la doctrina italiana en referencia a la *gradualità* de los derechos sociales, en los ordenamientos constitucionales en los que rige el principio del Estado social la progresividad no puede concebirse como el mero carácter variable en la realización de los derechos sino como la exigencia de que las modificaciones legislativas sean adoptadas en un sentido que permita avanzar y progresar en esa realización³².

³¹ Una posición similar parece tener PÉREZ ROYO el cual, aunque manifiesta que el legislador debe gozar de un importante nivel de libertad a la hora de definir las políticas sociales, afirma que “la cláusula del Estado Social es ante todo un mandato al legislador, que es quien expresa de manera diaria la voluntad del Estado democrático”. Este connotado constitucionalista expresa a renglón seguido que “la obra del legislador puede y debe ser interpretada ‘conforme a la Constitución’ y de esa interpretación pueden llegar a extraerse consecuencias no previstas e incluso no queridas por el legislador y hasta se puede llegar a su anulación por incompatibilidad con la norma constitucional. PÉREZ ROYO, J., *op. cit.*, p.172.

³² *Cfr.* CHESSA, O., “La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, I, pp.1178-1179.

Son muy pocos los textos constitucionales que de manera expresa consagran el principio de progresividad para la realización de todos los derechos constitucionales. La Constitución venezolana es uno de esos casos pues en su art. 19 señala que “*El Estado garantizará a toda persona, conforme **al principio de progresividad** y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos*”³³. En un sentido similar, el art. 13.1 de la Constitución boliviana de 2009 establece que “*Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles **y progresivos**. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos*”³⁴.

Por otra parte, revisando la jurisprudencia constitucional comparada podemos concluir que sólo ocasionalmente los jueces constitucionales han realizado referencia a este principio y, cuando ello ha ocurrido, las más de las veces, su aplicación ha sido equivocada. Un ejemplo de lo que estamos señalando está dado por la justicia constitucional italiana que, como tuvimos oportunidad de mencionar anteriormente, ha otorgado a los derechos sociales niveles variables de vinculación a los poderes públicos puesto que, mientras en algunos casos ha puesto énfasis en su carácter de derechos fundamentales operativos hacia el Estado y los particulares, en otros les ha contrapuesto la discrecionalidad del legislador como un verdadero muro infranqueable.

En efecto, en un número importante de fallos la Corte Constitucional italiana ha afirmado que los derechos a prestaciones positivas implican que la tutela constitucional de bienes sociales como la salud o la seguridad social se realiza en forma gradual y después de realizar una ponderación con otros intereses o bienes. Asimismo debe considerarse en la ponderación que se practica también una evaluación objetiva sobre los recursos disponibles que podrán ser destinados para la realización de los derechos en cuestión. De acuerdo a lo señalado por la *Corte Costituzionale*, si bien debe concederse en principio una amplia libertad al legislador al

³³ Las negritas son nuestras.

³⁴ Las negritas son nuestras.

legislador en estas materias esa ponderación siempre podrá ser sometida a su escrutinio³⁵. Sin embargo, la Corte ha llegado a presumir que si el legislador ha adoptado una determinada decisión en asuntos vinculados a la realización de los derechos sociales constitucionales ya ha valorado los recursos disponibles³⁶.

Nos parece que algunas de los planteamientos desarrollados por la Corte Constitucional italiana en relación a su idea de gradualidad son cuestionables. No tanto porque se afirme que los derechos sociales constitucionales deben ser ponderados con otros bienes o intereses pues la ponderación de los diversos aspectos en juego es algo consustancial al ejercicio de cualquier clase de jurisdicción, incluida la constitucional. El problema es otro. Lo que no nos parece apropiado es que se revierta el principio establecido en el Derecho Internacional que exige que los Estados adopten medidas y que, en caso de no disponer de los recursos económicos para desarrollarlas, acrediten dicha insuficiencia de recursos. En cambio, en algunas sentencias dictadas por parte de la justicia constitucional italiana el principio aplicado es otro y consiste en que se presume que la ponderación de recursos es previa, aplicándose una noción de gradualidad menos exigente del principio de progresividad del art. 2.1 del PIDESC. Ello se concluye porque, en línea de principio, se entiende que la actuación gradual de los derechos sociales se realiza en forma coherente con el texto constitucional sin ser necesario que el legislador mencione las medidas tomadas ni explique porque son las más apropiadas para el cumplimiento de los derechos sociales constitucionales como, en cambio, se exige en los tratados internacionales de derechos humanos³⁷.

³⁵ Algunas de las sentencias de a Corte Constitucional italiana en las que se afirma la idea descrita son las siguientes: 27/1975, 226/1987, 559/1987, 992/1988, 319/1989, 127/1990, 298/1990 y 455/1990

³⁶ *Cfr.* Corte Costituzionale, Italia: sentencia 31/1986, de 23 de enero, Considerando Jurídico 5.

³⁷ En un sentido similar se expresa SALAZAR al afirmar que el principio de gradualidad aplicado por la Corte Constitucional italiana se traduce en una surte de presunción reforzada de legitimidad de las leyes que desarrollan los derechos sociales que impone demostrar no sólo que ese desarrollo puede ser incompleto sino también que ello genera una falta de adecuación con el principio de razonabilidad. *Cfr.* SALAZAR, C., *op. cit.*, p.130.

Una aplicación muy diferente del principio de progresividad es la realizada por la jurisprudencia constitucional colombiana. En efecto, en este como en otros temas relacionados con los derechos sociales, la Corte Constitucional colombiana ha acogido en sus fallos la doctrina emanada desde los tratados y dictámenes de organismos internacionales de derechos humanos, expresando en forma tajante que la progresividad no se traduce en la inexigibilidad o en el incumplimiento indefinido.

Pero la Corte ha ido más allá y ha dejado establecidos algunos parámetros que el Estado colombiano debe respetar para cumplir adecuadamente con el principio de progresividad: a) no exclusión de grupos de la sociedad de la titularidad de un derecho; b) incorporación en sus políticas, programas y planes, de recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos; c) definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos; d) las decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas³⁸.

Por último, es pertinente mencionar que la Corte Constitucional colombiana ha relacionado estrechamente el principio de progresividad con la obligación de no retroceso, señalando que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve reducida puesto que todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional y debe someterse a un control judicial

³⁸ Esta aplicación rigurosa de la noción de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales la encontramos en el caso sobre desplazados que abordamos en el Capítulo V. *Cfr.*: Corte Constitucional, Colombia: T-025 de 2004, de 22 de enero, Fundamentos 8.2 y ss. Igualmente es pertinente mencionar la anterior sentencia T-595 de 2002, de 1 de agosto.

estricto³⁹. La jurisprudencia de la Corte colombiana puede interpretarse en el sentido que se da lugar a razones presupuestarias pero siempre y cuando se trate de imprevistos económicos o causas que no dependen de la autoridad que adoptó la medida. En palabras de ARANGO, la jurisprudencia de la Corte entiende que “la crisis financiera constituye, *prima facie*, una razón válida, pero no es suficiente si tal crisis obedece a hechos cuya responsabilidad por el retroceso recae en cabeza de la administración”⁴⁰.

2.3.2.- El caso español

De la misma forma en que ha ocurrido en la mayoría de los casos en la justicia constitucional comparada, en España tanto la doctrina como el TC prácticamente no han asumido el principio de progresividad en los términos indicados por los organismos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe una constante jurisprudencia constitucional española que ha hecho primar la discrecionalidad del legislador por sobre los derechos sociales constitucionales, llegando en algunos casos a menguar drásticamente de fuerza jurídica vinculante no sólo a los derechos contenidos en el Capítulo III sino, incluso, a los situados en la Sección I del Capítulo II.

Es lo que ocurrió, por ejemplo con una decisión del máximo intérprete de la Constitución acerca de los derechos de los presos a tener un trabajo remunerado, consagrado en el art. 25, párrafo segundo, parte final. En ese precepto, se dispone refiriéndose a las personas condenadas a prisión que “*en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*”. Como se puede constatar, no parece un artículo redactado en términos que permita relativizar el derecho que se establece. Además, se trata de una norma ubicada en la Sección I del Capítulo II de

³⁹ Corte Constitucional, Colombia: C-251 de 1997, Fundamento 8. *Vid.*, en el mismo sentido, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

⁴⁰ ARANGO, R., “La prohibición de retroceso en Colombia”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.158.

la Constitución por lo cual posee el máximo de garantías dispuestas por el constituyente. No obstante, el Tribunal Constitucional ha interpretado la norma como un derecho prestacional de realización progresiva, otorgando un sentido cuestionable al principio de progresividad. Así, en la sentencia 172/1989, de 19 de octubre, el TC sostuvo que “*existe, ciertamente un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que **permitan sus disponibilidades presupuestarias**, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al artículo 53.3 de la C.E., de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, **según las posibilidades socioeconómicas** (...) y desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada **a los medios de que disponga la Administración en cada momento**⁴¹, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata*”⁴². Según el TC “*la única medida razonablemente exigible establecida en el art. 77 de la LOGP, esto es, formular una propuesta a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para que considere la necesidad de otorgar un puesto de trabajo a todos los internos en cumplimiento del mandato constitucional, al que debe dar respuesta la política penitenciaria y presupuestaria del Estado*”⁴³.

Después de la lectura de los fundamentos del TC en esta sentencia se puede fácilmente concluir que el sentido en que se conciben las obligaciones emanadas del principio de progresividad es bastante más débil respecto al otorgado por la justicia constitucional colombiana. En términos bastantes similares a los desarrollados por la Corte Constitucional italiana se configura una especie de presunción de legitimidad de las políticas públicas sin exigir la adopción concreta de medidas encaminadas a la realización de un derecho social reconocido constitucionalmente. Ello nos parece objetable pues, si bien en algunos casos los derechos sociales constitucionales no pueden ser exigibles en forma inmediata, sí rige el deber para los órganos públicos de formular, ejecutar y evaluar planes y políticas para avanzar en su cumplimiento. Creemos que, manteniendo un espacio relevante al legislador para

⁴¹ Las negritas son nuestras.

⁴² STC 172/1989, de 19 de octubre, FJ 3°.

⁴³ STC 172/1989, de 19 de octubre, FJ 4°.

la elaboración de esas políticas la justicia constitucional tiene el deber de ejercer control sobre ellas, especialmente si están vinculadas a derechos consagrados en el texto constitucional. Por último, llama la atención la diferencia con la noción de progresividad empleada por la Corte Constitucional colombiana si consideramos que en el país latinoamericano las restricciones presupuestarias son significativamente mayores.

2.4.- El contenido esencial de los derechos sociales

2.4.1.- Consideraciones generales

Una de las obligaciones estatales a las que no referimos al estudiar las disposiciones del PIDESC en el Capítulo II fue la de respetar ciertos niveles mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales. Pues bien, esa obligación se establece también en el marco de las normas del derecho interno de cada Estado y es, en nuestra opinión, un aspecto común de los tres tipos de obligaciones estatales de “respetar”, “proteger” y “realizar” establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por contenido esencial entendemos el núcleo que comprende aquellas situaciones que el ordenamiento jurídico inequívocamente protege como derecho fundamental⁴⁴. Sobre la determinación del contenido esencial se han elaborado diversas teorías que se pueden clasificar en relativas y absolutas. En las primeras el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación con aquellos bienes o derechos que justifican la limitación mientras en las segundas el examen de la justificación de la medida limitadora otorga una relevancia sustantiva al derecho fundamental que se ve afectado⁴⁵.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2008, p.117.

⁴⁵ No siendo este el lugar para extendernos en el estudio de dicha teoría y de otros aspectos relacionados con el contenido esencial de los derechos fundamentales, nos remitimos a la obra de MARTÍNEZ-PUJALTE, A.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales algunos autores han puesto énfasis en la existencia de dificultades para la identificación del mínimo esencial⁴⁶ y algunos de plano han afirmado que ello no es posible⁴⁷. En nuestro caso, creemos que se trata de una tarea que puede ser compleja pero compartimos lo señalado por GIORGIS en el sentido que igualmente es necesario que la justicia constitucional identifique, a través de su jurisprudencia, el contenido esencial de los derechos fundamentales⁴⁸.

Sin embargo, más allá de los debates doctrinales, la justicia constitucional comparada ha individualizado en supuestos jurisprudenciales concretos un contenido mínimo de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos sociales constitucionales. Así, en el ordenamiento jurídico italiano, se habla del respeto al “contenido mínimo/esencial”⁴⁹. Como dice SALAZAR dicha noción puede tener una doble utilización: puede ser invocada para demostrar la inconstitucionalidad de las normas que lesionen el núcleo esencial de los derechos, o bien, para rechazar tal posibilidad de inconstitucionalidad cuando la eventual afectación de derechos constitucionales no llega a vulnerar el contenido mínimo⁵⁰.

En el ámbito de la justicia constitucional, la Corte Constitucional de Italia se ha resistido en innumerables ocasiones a aceptar la afectación del núcleo esencial de

⁴⁶ Cfr. SALAZAR, C., *op. cit.*, p.130.

⁴⁷ Es importante mencionar las críticas existentes a la noción de contenido esencial. Entre ellas, destaca especialmente la de BERNAL PULIDO, según el cual la noción de núcleo esencial es sólo un artificio argumentativo que únicamente enmascara el decisionismo⁴⁷. Este autor sostiene que “la tesis del contenido esencial asimila los derechos fundamentales a entidades cuya estructura se asemeja a la de las células, para señalar que el legislador no puede afectar su núcleo, que éste es el límite a las decisiones políticas adoptadas en la legislación. Sin embargo, en cuanto entes los derechos fundamentales carecen de sustancia; ellos tienen la índole de conceptos que existen únicamente en el lenguaje de los operadores jurídicos, y con mayor amplitud, de los participantes en la práctica constitucional. Como consecuencia, puede suceder que aquella norma o posición jurídica que, desde el punto de vista de un participante pertenece al núcleo de un derecho, observada a partir de la perspectiva de otro participante en la misma práctica jurídica, se encuentre fuera del contenido esencial”. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 407.

⁴⁸ Cfr. GIORGIS, A., *op. cit.*, pp.121 y ss.

⁴⁹ SALAZAR, C., *op. cit.*, pp. 129-132.

⁵⁰ Cfr. SALAZAR, C., *op. cit.*, p.130.

derechos sociales constitucionales cuando se dictan retroactivamente normas interpretativas que no están en consonancia con una consistente jurisprudencia o con determinados derechos adquiridos o bien no contienen la debida racionalidad interna⁵¹. En relación, por ejemplo, al derecho a la salud la *Corte Costituzionale* ha expresado que:

*“en el respeto de la amplia discrecionalidad que tiene que ser reconocida al legislador, a la Corte Constitucional le compete igualmente, en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, garantizar el estándar mínimo esencial de protección de las situaciones subjetivas que la Constitución califica como derechos, estándar mínimo debajo del cual se produciría, con el menoscabo de preceptos constitucionales, la violación de tales derechos”*⁵².

Siempre en el marco de la jurisprudencia constitucional italiana, de especial relevancia son las sentencias del año 2000 de la *Corte Costituzionale* respecto de los referéndums pues constituyen una muestra paradigmática de intervenciones de la justicia constitucional en la defensa del contenido esencial de los derechos sociales constitucionales, en este caso en el ámbito laboral. En especial, la decisión pronunciadas a través de las sentencia N° 42/2000 sobre institutos privados conformados por organizaciones de trabajadores fue tajantes en reafirmar la imposibilidad de derogar a través de los referéndum disposiciones vinculadas al “núcleo constitucional irrenunciable” del derecho a la seguridad social contenido en el art. 38⁵³.

Este planteamiento ha sido aplicado incluso al derecho al trabajo que es probablemente el derecho social que mas a menudo viene calificado por la doctrina

⁵¹ *Vid.*, a modo ejemplar, la sentencia *monitoria* de la *Corte Costituzionale* 28/1984, de 8 de febrero, en relación al mínimo vital en caso de desempleo y las sentencias 252/2001, de 5-17 de julio, y 432/2005, de 28 de noviembre, sobre derechos sociales de los extranjeros. Respecto a esta última, *Vid.* RIMOLI, F., “Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Novembre-Dicembre, 2005, pp.4675-4681; GNES, M., “Il diritto degli extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Novembre-Dicembre, 2005, pp.4681-4689.

⁵² Corte Costituzionale, Italia: sentencia 27/1998, de 23-26 de febrero, Considerando Jurídico 4.2. Para un análisis de dicho pronunciamiento, *Vid.* CHESSA, O., *op. cit.*, pp.1170-1187.

⁵³ Corte Costituzionale, Italia: sentencia 42/2000, de 3-7 de febrero, Considerándooos Jurídicos 3.3 y 4. En opinión de PILIA dicha sentencia junto a la 49/2000, también de 3-7 de febrero, dejan establecida un clara directriz constitucional: los referedums derogatorios no pueden cancelar la legislación que desarrolla el núcleo constitucional de los derechos sociales. *Cfr.* PILIA, RITA, *op. cit.*, p.41.

como meramente programático. Así, la Corte Constitucional italiana ha afirmado en diversas sentencias respecto al art. 4 que reconoce el derecho al trabajo que, si bien éste no consiste en el derecho subjetivo a exigir un puesto de trabajo ni a la mantención del mismo para aquellos que ya lo tienen, posee igualmente un contenido mínimo. Dicho contenido se traduce en la prohibición de que existan disposiciones discriminatorias en la relación laboral y en una limitación al poder de despido del empresario como un medio dirigido a reestablecer una cierta igualdad entre las partes del contrato de trabajo a tiempo indeterminado⁵⁴.

En el caso de la Corte Constitucional colombiana, poco tiempo después de la entrada en vigor de la Constitución de 1991 se dictó la primera sentencia sobre el contenido esencial de los derechos sociales⁵⁵ y en 1997 se dictó una segunda sentencia, ambas para proteger el derecho a la seguridad social. Es pertinente transcribir una parte de la segunda sentencia:

“El pensionado es normalmente débil y, si bien no siempre pertenece a la tercera edad, es casi seguro que las mesadas han de constituir su único ingreso o la parte más importante del mismo. En muchos casos se trata de personas que no están en capacidad de procurarse los medios de subsistencia ni de ejercer por sí mismas su defensa. Su energía física e intelectual se ha deteriorado, se encuentran en estado de abandono o son víctimas de discriminación. Es lo corriente que dependan económicamente de su pensión, en la que se encuentra involucrado su mínimo vital”⁵⁶.

Todavía en América Latina, la jurisprudencia constitucional chilena también ha acogido, aunque de manera muy tímida, la noción de un contenido mínimo indisponible respecto de diversos derechos sociales como el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. En este último caso, si bien no se ha precisado ni identificado el contenido del derecho a la protección de la salud, el Tribunal Constitucional ha llegado a plantear de manera general que *“si bien la doctrina y*

⁵⁴ *Vid.*, por todas, Corte Costituzionale, Italia: sentencia 45/1965, de 9 de junio, Considerando Jurídico 4.

⁵⁵ Corte Constitucional, Colombia: T-426 de 1992, de 24 de junio. En esta sentencia la Corte protegió el derecho a la seguridad social de un anciano que por muchos años había intentado cobrar una pensión. La Corte condenó a la Administración por vulneración del derecho a la seguridad social y del derecho de petición, disponiendo que se le pagara una indemnización por el daño emergente ocasionado al peticionario durante los meses que excedieron el doble del plazo ordinario para resolver su solicitud.

⁵⁶ Corte Constitucional, Colombia: T-438 de 1997, de 10 de septiembre, considerando 2.

*jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realzado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador*⁵⁷.

Por último, cabe recordar que también el órgano constitucional sudafricano se ha referido a este tema en el ya mencionado *caso Grootboom*, al señalar que en casos concretos puede probarse que existe un contenido mínimo que debiera ser considerado para determinar la razonabilidad de las medidas estatales⁵⁸.

2.4.2.- El caso español

En España, la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales está consagrada en el art. 53.2 en los siguientes términos:

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

El precepto citado fue recepcionado de la doctrina alemana sobre el art. 19.2 de Ley Fundamental alemana⁵⁹ y ello explica que la doctrina constitucionalistas y jurisprudencia española se hayan referido al contenido esencial en alusión a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales⁶⁰.

⁵⁷ En este caso, si bien no se ha precisado ni identificado el contenido del derecho a la protección de la salud, el Tribunal Constitucional ha llegado a plantear de manera general que *“si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realzado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador”*. Tribunal Constitucional, Chile: Sentencia N° 976 del 26 de junio de 2008, Considerando Jurídico 25.

⁵⁸ *Cfr.* Corte Constitucional de Sudáfrica: *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others* 2000 (11) BCLR 1169 (CC), párr. 33.

⁵⁹ El art. 19 de la Constitución alemana dispone, en su primer párrafo: *“Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. Además la ley tiene que designar el derecho fundamental”*. En el párrafo segundo consagra la cláusula del contenido esencial estableciendo que *“En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”*.

⁶⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE, A., *op. cit.*, p.20.

El Tribunal Constitucional se ha referido expresamente a la existencia de un mínimo contenido esencial de los derechos fundamentales, señalando que es:

*“aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*⁶¹ En esa misma sentencia se señala que *“el contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la C.E., puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces y, en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”* y que *“el contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*⁶².

Se ha señalado también que el contenido esencial no es inmutable en su significación, sino que es un concepto histórico, que varía de acuerdo a los cambios de circunstancias y a las transformaciones sociales pues sin esa acomodación histórica se llega ineludiblemente al anquilosamiento o petrificación del ordenamiento jurídico⁶³.

La citada sentencia 11/1981, de 8 de abril, es también relevante porque define parte del núcleo esencial de uno de los derechos sociales reconocidos en la CE: el derecho de huelga. Se señala en la sentencia que *“determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”*⁶⁴.

En cuanto específicamente a la aplicación del contenido esencial a los derechos sociales constitucionales, en conformidad a una interpretación exegética de

⁶¹ STC: 11/1981, de 8 de abril, FJ 8°.

⁶² STC: 11/1981, de 8 de abril, FJ 8°.

⁶³ ÁLVAREZ CONDE, E., *El régimen político español*, Madrid, Tecnos, 1990, p.239.

⁶⁴ STC: 11/1981, de 8 de abril, FJ 9°.

lo establecido en el art. 53.1 de la CE se concluye que solamente está referido a los derechos consagrados en el Capítulo II quedando al margen los derechos sociales del Capítulo III. Sin embargo, en nuestra opinión todas las disposiciones constitucionales son verdaderas normas jurídicas y por tanto no puede vulnerarse respecto a ninguna de ellas su contenido mínimo o esencial⁶⁵. Comparten esta posición diversos autores que se han referido a la existencia de un núcleo esencial de los derechos sociales. Así, PRIETO SANCHÍS afirma que “los derechos prestacionales han de tener algún núcleo irreductible y que éste representa un contenido intangible para la libertad de configuración del legislador”⁶⁶. En el mismo sentido, PISARELLO, señala que la constitucionalización de los derechos sociales comporta es un irreductible deber de no adoptar medidas respecto a los derechos sociales que signifiquen su “aniquilamiento o desnaturalización del núcleo esencial que, en un contexto dado, pueda identificar instituciones públicas vinculadas a la prestación de servicios educativos, sanitarios, asistenciales o habitacionales”⁶⁷.

El TC ha reconocido en cierta manera la existencia de un núcleo indisponible respecto de los derechos sociales del Capítulo III al sentenciar que los poderes públicos tienen respecto de ellos el deber de preservar ciertas instituciones sociales “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”⁶⁸.

Como se puede desprender de la sentencia del TC el contenido esencial no es rígido ni abstracto sino que varía dependiendo del lugar y momento histórico en el que nos encontramos. Sin embargo, el hecho que ese núcleo básico de los derechos

⁶⁵ *Vid.*, en ese sentido, GARCÍA HERRERA, M., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, p.291.

⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.167.

⁶⁷ PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.55.

⁶⁸ SSTC: 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4º; 76/1988, de 26 de abril, FJ 4º; y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3º.

sea variable no significa que no exista ni que no deba ser respetado por los poderes públicos y los particulares.

2.5.- No regresividad de los derechos sociales

2.5.1.- Consideraciones generales

En relación a la exigibilidad de los derechos sociales surge lo que se ha denominado por algunos como su función reaccional⁶⁹. De acuerdo a esa visión, estos derechos podrían ser una suerte de escudo respecto a la adopción de políticas normativas regresivas por parte de la administración o del legislador. Esta idea fue expuesta por primera vez por HESSE quien se refirió a este fenómeno como “irreversibilidad de las conquistas sociales” y señaló que se fundamenta principalmente en la fuerza vinculante del ideal social propugnado por el texto constitucional⁷⁰. Esta obligación tiene relación con la obligación de “respeto” en el esquema de obligaciones de respeto, protección y satisfacción del Comité del PIDESC.

Se trata, en definitiva, de permitir recurrir ante los tribunales ordinarios o constitucionales la adopción de medidas regresivas para el goce de los derechos sociales. De esta manera podrían cuestionarse medidas regresivas gubernamentales de la más diversa índole como, por ejemplo, leyes que derogan derechos existentes o establecen requisitos restrictivos para su ejercicio. De esta forma, sería incluso posible llegar a cuestionar una Ley de Presupuesto que disminuye el gasto social con graves efectos para el adecuado desarrollo de determinados derechos sociales. Por otra parte, existiría la posibilidad también de impugnar las decisiones de la administración en las que, a través de reglamentos, se busca poner fin a programas sociales necesarios para la realización de los derechos sociales.

⁶⁹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990, pp.195-196.

⁷⁰ Cfr. HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp.26-28 y 57-78.

No obstante, se ha planteado por algunos que el principio de no regresividad⁷¹ no sería aplicable en épocas de crisis porque los Estados pueden verse obligados a destinar recursos a otras áreas. En nuestro caso, creemos que es precisamente en tiempos de “vacas flacas”⁷² cuando es más necesario resguardar a los ciudadanos de posibles retrocesos en materias sociales. Por eso es tan relevante la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -a la que hicimos referencia en el Capítulo II- en la que se exige a los Estados la adopción de ciertas medidas en periodos de crisis.

En el marco de la Unión Europea esta posibilidad ha sido rechazada por parte del TJUE. Un asunto en el que fue dilucidada esta llamada función reaccional de los derechos sociales fue el caso Fernando Roberto Giménez Zaera contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En ese juicio se sometió al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial de si, en virtud de los arts. 2, 117 y 118 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, era posible oponerse a la introducción por una legislación nacional de una prohibición de acumulación de una pensión de jubilación con una remuneración del funcionario que implicara una reducción de los ingresos de los afectados. Los mencionados preceptos del Tratado consagraban diversos objetivos de política social que claramente eran divergentes a la medida en cuestión. Sin embargo, el TJUE sostuvo que el cambio de legislación estaba de lleno en un ámbito de competencia de los Estados miembros no pudiendo, por tanto, ser objeto de control jurisdiccional en el marco de las competencias de la Unión y, mucho menos, ser impedida su entrada en vigencia⁷³.

⁷¹ En lo que sigue se entenderán como sinónimos los principios de irreversibilidad y no regresividad.

⁷² La expresión es utilizada, entre otros, por SUÁREZ FRANCO, A., *op. cit.*, p.363; PISARELLO, G., “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.319.

⁷³ *Cfr.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Fernando Roberto Giménez Zaera contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (cuestión prejudicial), causa 126/86, de 29 de septiembre de 1987, párr. 16-18.

Sin embargo, posteriormente -aunque de manera implícita- pareciera que el TJUE ha aceptado la doctrina de la irreversibilidad de las conquistas sociales⁷⁴. Esa es la opinión de JIMENA QUESADA, quien señala que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo habría reconocido que el principio de igualdad de trato debe ser entendido en el sentido de una igualación al alza, elevando el nivel del grupo desfavorecido y no a la inversa⁷⁵.

En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana ha realizado una interpretación del principio de progresividad y de la prohibición de regresividad que nos parecen confusa⁷⁶. La Corte ha afirmado que debe medirse la regresividad verificando la situación de un conjunto amplio de la población y no de casos individuales. Sin embargo, ello queda afuera del ámbito de competencia de la Corte con lo cual el art. 26 de la Convención quedaría sin efectos jurídicos. Una interpretación correcta de la obligación de no regresividad dentro del sistema interamericano implica su análisis a casos específicos⁷⁷. Otra cosa sucede respecto a los tribunales constitucionales pues, como hemos visto, muchas veces deben hacer un análisis global en su control de constitucionalidad de las leyes.

Entre los textos constitucionales, destaca la consagración explícita del principio de no regresividad formulado en la Constitución de Ecuador de 2008. Así, en su art. 11.4 se establece que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” y en el inciso final del mismo art. 11 se señala

⁷⁴ *Vid.*, en especial, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg (cuestión prejudicial), causa C- 184/89, de 7 de febrero de 1991, párr. 15.

⁷⁵ *Cfr.* JIMENA QUESADA, L., “El Estado Social en Europa”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 30, marzo 2001, pp.24-25.

⁷⁶ La Corte Interamericana tuvo ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en el caso “Cinco Pensionistas”. *Vid.*, al respecto, la crítica de COURTIS, C., “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.44-52.

⁷⁷ De esta opinión es también ROSSI, J., *op. cit.*, p.86.

que “*será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*”.

En cuanto a la aplicación del principio de no regresividad por parte de la justicia constitucional, es de rigor mencionar la jurisprudencia de Sudáfrica en relación con el incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado, en especial en materia de desalojos forzosos. En esta materia nos parece de gran relevancia que el Tribunal Constitucional ha establecido como criterio fundamental de que si no existe una alternativa habitacional razonable los poderes públicos deben ser renuentes en ordenar desalojos⁷⁸. Esto es importante entre otras cosas porque de acuerdo a la Constitución sudafricana el cumplimiento de las obligaciones negativas no está sujeto a la limitación de recursos y a la realización progresiva.

Respecto a Alemania ya adelantamos precedentemente que, aunque en dicho país la constitución no contenga una enumeración extensa de derechos sociales, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una importante labor para proteger esta clase de derechos. Uno de los aspectos en los que se ha pronunciado tiene precisamente relación con el principio de no retroceso⁷⁹. Tanto el BVerfG como la mayoría de la doctrina han entendido que no existe una prohibición absoluta de medidas regresivas porque de esa manera se vulneraría las atribuciones del legislador pero sí han señalado que las medidas regresivas tienen ciertos límites y deben cumplir con el principio de proporcionalidad⁸⁰. Asimismo, la doctrina alemana ha señalado como criterios para determinar esos límites la protección de la confianza y

⁷⁸ El criterio mencionado se encuentra, entre otras, en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional de Sudáfrica: *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* 2004 (12) BCLR 1268 (CC), de 10 de enero de 2004; *President of the Republic of South Africa and Anor. v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd* 40 2005 (5) SA 3 (CC), de 13 de mayo de 2005; *Ocupantes de Olivia Road 51 contra la Ciudad de Johannesburgo*, CCT 24/07, de 19 de febrero de 2008.

⁷⁹ El estudio del principio de no regresividad en el ordenamiento jurídico alemán está basado en el ya citado artículo de Ana María SUÁREZ FRANCO. *Cfr.* SUÁREZ FRANCO, A., *op. cit.*, pp.368 y ss.

⁸⁰ Para cumplir con el principio de proporcionalidad, las medidas regresivas tendrían que cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad, adecuabilidad y, además, tener como fundamento el bienestar general. Se ha criticado que frecuentemente el juicio de proporcionalidad del BVerfG ha dado lugar a una excesiva discrecionalidad para el legislador. *Cfr.* SUÁREZ FRANCO, A., *op. cit.*, pp.368 y 374-376.

la garantía de propiedad (art. 14 de la Ley Fundamental)⁸¹. En ambos casos los criterios operarían toda vez que se afecten posiciones jurídicas consolidadas y derechos subjetivos adquiridos y han sido utilizados especialmente por el Tribunal Constitucional Alemán en materia de seguridad social⁸².

Sin embargo, parte de la doctrina alemana ha planteado la necesidad de buscar otros límites a las medidas regresivas puesto que especialmente la garantía de la propiedad requiere demostrar la existencia de utilidad privada y ello, en el caso de los derechos sociales, no siempre es posible⁸³. En cambio, otros criterios utilizados por el BVerfG que no tienen este problema son: la protección sobre la base de la obligación de protección de la familia y la maternidad (art. 6, párrs. 1 y 4 de la Ley Fundamental); el deber general de protección estatal a los grupos vulnerables o socialmente débiles; la protección del mínimo vital (en aplicación del art. 1.1 de la Ley Fundamental); la libertad de profesión (art. 13 de la Ley Fundamental); el principio del Estado social (arts. 20.1 y 28.1); el principio de igualdad (art. 3, párr. 1) y los principios de transparencia y racionalidad⁸⁴.

En el caso de la jurisprudencia constitucional italiana se pueden distinguir con claridad dos etapas. En un primer periodo que llega hasta fines de los setenta y parte de los ochenta se aceptó por la Corte Constitucional la posibilidad de un retroceso o *reformatio in pejus* en materia de pensiones solo en el caso que se afectara a sujetos que con mucha posterioridad cumplirían los requisitos para el goce del derecho⁸⁵. En los años noventa el criterio cambia. De acuerdo a la sentencia 240/1994 el art. 38 que consagra el derecho a la seguridad social no impide que se elimine un beneficio de seguridad social si ello se produce debido a exigencias

⁸¹ *Cfr.* SUÁREZ FRANCO, A., *op. cit.*, pp.368-378.

⁸² *Ibid.* Entre las diversas sentencias citadas por SUÁREZ FRANCO destacan especialmente las sentencias BVerfG 71, 1; BVerf 69, 272.

⁸³ *Cfr.* SUÁREZ FRANCO, A., *op. cit.*, pp.372-378.

⁸⁴ *Cfr.* SUÁREZ FRANCO, A., *op. cit.*, pp.378-385.

⁸⁵ *Vid.* Corte Costituzionale, Italia: sentencias 349/1985, de 12 de diciembre; y 822/1988, de 4-14 de julio.

presupuestarias. En la misma sentencia se señala, sin embargo, que en los casos en que la modificación implique una pensión menor a un cierto mínimo indispensable para la sobre vivencia establecido en la ley, en base a los principios de solidaridad y de racionalidad-equidad debiera establecerse un régimen transitorio⁸⁶.

No obstante nuevamente en el año 2000, ante los referéndums derogatorios de diversas disposiciones del ámbito laboral y de la seguridad social la Corte Constitucional italiana volvió a aplicar el principio de no regresividad y utilizó en el caso de las “nuevas normas en materia de trabajo a domicilio” argumentos diferentes que nos parece pertinente transcribir. Según la Corte:

*“Los modos y las formas que adoptan el desarrollo de la tutela constitucional son obviamente remitidos a la discrecionalidad del legislador, de forma que el contenido de las leyes a través de las cuales se realiza la tutela del trabajo en sus diversas manifestaciones, aún siendo constitucionalmente necesarias, no vinculan al legislador. Dichas leyes, estando dirigidas a lograr la efectividad de un derecho fundamental de la persona, una vez entradas en vigencia pueden ser modificadas por el mismo legislador o sustituidas con otra normativa **pero no es posible su derogación pura y simple**⁸⁷ pues se eliminaría la protección anteriormente concedida y se produciría así una violación directa del precepto constitucional que se había desarrollado con la normativa legal”⁸⁸.*

Una sentencia como la mencionada permitiría probablemente cumplir con la aspiración de un sector de la doctrina constitucionalista que ha afirmado que a la Corte Constitucional le corresponde un rol central en frenar los proyectos de reversibilidad del Estado social⁸⁹. Según algunos ello sería especialmente necesario en caso de reformas legales que puedan afectar el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales y, al respecto, ANDREONI pone un ejemplo clarísimo: si se estableciera una reducción del financiamiento público que ponga en peligro las prestaciones relativas a enfermedades con alto riesgo de mortandad, la Corte debiera declarar la ley inconstitucional por violación del nivel esencial del derecho a la salud, independientemente de las eventuales razones de equilibrio presupuestario que

⁸⁶ Cfr. Corte Costituzionale, Italia: sentencia 240/1994, de 8-10 de junio, Considerando Jurídico 6.

⁸⁷ Las negritas son nuestras.

⁸⁸ Corte Costituzionale, Italia: sentencia 49/2000, de 8-10 de junio, Considerando Jurídico 3.

⁸⁹ Cfr. GRECO, R., *op. cit.*, pp.275 y ss.

puedan motivar la nueva normativa⁹⁰. Como bien explica ANDREONI las consecuencias de una ley respecto al nivel esencial del derecho a la salud debieran poder predecirse por medio de estadísticas sanitarias y datos epidemiológicos⁹¹. La misma lógica podría perfectamente emplearse en caso de afectarse el núcleo esencial del derecho a una retribución mínima puesto que existen estándares claros fijados en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que no podrían desconocerse⁹².

En el caso del Tribunal Constitucional de Portugal se estableció en una sentencia que se pronunció respecto a una ley que podría haber significado un importante retroceso para el Sistema Nacional de Salud. El Tribunal afirmó que:

“a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) los deberes constitucionalmente impuestos para realizar un derecho social, el respeto de la Constitución por parte de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación positiva, para transformarse (o pasar a ser también) una obligación negativa. El Estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social”⁹³.

En Colombia, como señalamos anteriormente, la Corte Constitucional ha vinculado la noción de no regresividad con el principio de progresividad. En opinión de ARANGO, en dicho ordenamiento jurídico se ha entendido que “la prohibición de retroceso es la expresión más clara del carácter normativo, y por tanto vinculante del principio de progresividad”⁹⁴. Un ejemplo de la vinculación entre ambos principios está dado por la sentencia C-038-2004, de 27 de enero, en la que la Corte Constitucional colombiana se refirió en extenso al contenido mínimo del derecho al trabajo a raíz de una reforma sustancial a los derechos laborales. Entre las diversas consideraciones formuladas por la Corte, destaca la afirmación de

⁹⁰ Cfr. ANDREONI, A., *op. cit.*, p.120.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Es particularmente destacable a este respecto la jurisprudencia ya mencionada dictada en el marco de la Carta Social Europea. *Vid.* acápite III.2.2.2, *supra*.

⁹³ Tribunal Constitucional, Portugal: sentencia Ac. 39/1984, del 11 de abril de 1984.

⁹⁴ ARANGO, R., “La prohibición de retroceso en Colombia”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.155.

que la Corte debe respetar los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad, el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales, y la prohibición de retroceso. Además, señaló que *“un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”*⁹⁵.

En definitiva, podemos concluir que lo que se desprende como elemento común de la jurisprudencia constitucional comparada que ha sido analizada es que no existe una prohibición absoluta de adoptar medidas regresivas sino más bien que en esas situaciones pesa sobre el legislador una “carga de justificación” y que esas medidas deben cumplir con el principio de proporcionalidad⁹⁶.

2.5.2.- El caso español

En España, el Tribunal Constitucional parecía en un principio sostener la idea de que los avances experimentados en relación a determinados derechos sociales no pueden sufrir retroceso sin causa justificada. En la sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, se expresa que *“dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución exige (...) debe entenderse que no puede privarse al trabajador de las conquistas sociales ya conseguidas”*⁹⁷. En relación con el principio de igualdad, lo anterior implica que en los casos en que un colectivo de personas no esté gozando de un derecho por razones arbitrarias debería equiparse hacia los niveles más altos el beneficio reconocido y no “hacia atrás”.

Sin embargo, con posterioridad el TC ha manifestado que no siempre la solución es la de generalizar las condiciones más favorables y extenderlas a los que aparecen como discriminados⁹⁸. Incluso anteriormente la sentencia 11/1981 había

⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Colombia: C-038 de 2004, de 27 de enero, considerando 18.

⁹⁶ Para una revisión de dicho principio, *Vid.* BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, p.407.

⁹⁷ STC: 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 3º.

⁹⁸ Cfr. STC: 3/1993, de 14 de enero, FJ 3º. En un sentido similar, *Vid.* STC: 134/1987, de 21 de julio, FJ 5º.

señalado que la Constitución no puede interpretarse de forma que cierre el paso a opciones diferentes a las anteriores⁹⁹.

Una de las interrogantes que surgen en relación a este tema es si es posible interponer el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad cuando se adoptan medidas regresivas, en especial respecto a leyes que pongan en cuestión derechos sociales adquiridos. La doctrina española está dividida sobre este punto: aunque algunos autores no descartan la posibilidad¹⁰⁰, otros creen que ello no es posible debido a “la indeterminación o inconcreción del principio de ‘socialidad’ del Estado”¹⁰¹. Pero es FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR uno de los autores españoles más críticos con la tesis de la prohibición de regresividad de las conquistas sociales, afirmando que “pretender conseguir objetivos materiales mediante el derecho ignorando las circunstancias económicas y las mismas *posibilidades materiales* es, llanamente, una necesidad”¹⁰².

En un sentido opuesto se ha manifestado CASCAJO CASTRO que, no obstante señalar que a su juicio la inconstitucionalidad por omisión no es el instrumento más adecuado para hacer frente a políticas restrictivas en lo social, ha manifestado que “cabría considerar inconstitucional, en vía de principio, toda reforma *in pejus* del Estado social”¹⁰³. En la misma línea argumentativa, PISARELLO, señala que “lo que la constitucionalización de los derechos sociales sí comporta es un irreductible deber de no regresividad, es decir, la proscripción de toda intervención legislativa que suponga la supresión arbitraria o la grosera desatención de bienes y servicios ya prestados”¹⁰⁴.

⁹⁹ STC: 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º.

¹⁰⁰ Cfr. GARRORENA MORALES, A., *op. cit.*, p.102; COSSIO DIAZ, J., *op. cit.*, pp.271-278.

¹⁰¹ GONZÁLEZ MORENO, B., *op. cit.*, p.64.

¹⁰² FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p.179.

¹⁰³ CASCAJO CASTRO, J., *op. cit.*, p.43.

¹⁰⁴ PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.55.

Siguiendo esa tesis, en nuestra opinión es perfectamente posible alegar la inconstitucionalidad de algún precepto legal por vulneración del art. 1.1 y del derecho social en cuestión ya que los arts. 161.1a) y 163 de la Constitución no establecen limitaciones ni descartan ninguna norma como parámetro de constitucionalidad de las leyes. Además, no puede olvidarse en este punto que el Estado español está obligado a seguir las disposiciones del PIDESC y, como ya dijimos previamente, el Comité de DESC ha establecido la imposibilidad de que se puedan adoptar medidas regresivas sin por lo menos justificarlas¹⁰⁵.

2.6.- La inconstitucionalidad por omisión

2.6.1.- Consideraciones generales

Una de las figuras más polémicas en relación a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales es la inconstitucionalidad por omisión que, en términos generales, podemos definir como la constatación o declaración judicial que expresa que la ausencia de una legislación para ejecutar un mandato constitucional es contraria a la Constitución¹⁰⁶.

Uno de los juristas que primero abordó esta figura fue el italiano MORTATI, quien distinguió entre las omisiones absolutas y las relativas o parciales. Las primeras son aquellas en las que nos encontramos frente a una total ausencia de desarrollo legislativo para la aplicación de los preceptos constitucionales. Las omisiones relativas, en cambio, se producen toda vez que existe un desarrollo legislativo pero este es sólo parcial y consecuentemente vulnera el principio de igualdad¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vid. Capítulo II.2.2, *supra*.

¹⁰⁶ Cfr. GARCÍA MORALES, A., *op. cit.*, p.113.

¹⁰⁷ MORTATI, C., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Il Foro Italiano*, Parte II, 1970, pp.154-155.

Respecto a los efectos que produce una eventual declaración de inconstitucionalidad por omisión, estos pueden ser de diferente índole. En primer lugar, la declaración de inconstitucionalidad podría obligar a que el legislador dicte una normativa para cumplir con un determinado imperativo constitucional. En segundo lugar, el órgano que declara la inconstitucionalidad puede fijar un plazo para que el legislador subsane la omisión que infringe el texto constitucional. Por último, podría suceder que la declaración de un juez de la inconstitucionalidad por omisión no se traduzca en ninguna obligación jurídica concreta para el legislador. Sin embargo, ello no implica que esa actuación judicial pierda toda relevancia ya que incluso en esos casos pueden producirse importantes consecuencias porque la opinión pública puede exigir el cumplimiento de los preceptos constitucionales en cuestión¹⁰⁸.

Cabe decir que la figura de la inconstitucionalidad por omisión ha sido muy criticada y una de las principales objeciones planteadas es que atentaría contra la separación de poderes por otorgar al Tribunal Constitucional funciones de los órganos legislativos¹⁰⁹ llegando a convertirlo de plano en un “legislador positivo”¹¹⁰. Sin perjuicio de remitirnos sobre esta crítica a lo que ya hemos mantenido con anterioridad¹¹¹ es pertinente subrayar que en el caso de la Constitución portuguesa, que contempla expresamente la figura jurídica en cuestión, ello no ocurre ya que la función del Tribunal Constitucional consiste en dar conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión a un órgano competente y no en invadir la función del Parlamento. Otra crítica se ubica en el campo de la determinación del lapso de tiempo necesario para que se pueda estimar que nos encontramos frente a una

¹⁰⁸ Al efecto de dar “publicidad” acerca de la inconstitucionalidad de actuaciones de los poderes públicos ya nos referimos en el Capítulo, *supra*.

¹⁰⁹ En Italia, GRECO ha sostenido que las omisiones del legislador han significado para la Corte tener que enfrentar un dilema complejo, como es el tener que reemplazar al Parlamento cuando éste no ejerce su rol en la construcción del Estado Social y evaluar las posibles consecuencias en el gasto público de decisiones que extienden prestaciones sociales por aplicación del principio de igualdad. *Cfr.* GRECO, R., *op. cit.*, p.260.

¹¹⁰ *Cfr.* AHUMADA RUIZ, M., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 8, Enero-Abril 1991, p.169.

¹¹¹ *Vid.* capítulos IV.5 y V, *supra*.

actuación contraria a la Constitución por parte del legislador al no haber cumplido con un imperativo constitucional. En este caso creemos que, si bien esta puede ser una dificultad real, se trata de una problemática que debe afrontar en cada caso concreto el Tribunal Constitucional como máximo intérprete constitucional.

Por otra parte, si bien pueden existir problemas en determinadas circunstancias para la aplicación de la inconstitucionalidad por omisión, nos parece que hay argumentos contundentes para su aceptación. Para TAJADURA TEJADA son dos los principales argumentos a su favor: la función transformadora de la sociedad que contienen los textos constitucionales enmarcados en el Estado social y la relevancia del principio de supremacía constitucional¹¹².

Algunos autores no solo sostienen como posible la declaración de inconstitucionalidad ante omisiones del legislador en la protección de derechos sociales sino que van más allá, señalando que sería posible, como se ha ido reconociendo en el derecho administrativo, exigir indemnizaciones por el menoscabo producido por esas omisiones¹¹³.

A nivel europeo, la figura de la inconstitucionalidad por omisión sólo se encuentra contemplada en la Constitución portuguesa, en su art. 283¹¹⁴, mientras en Brasil se establece en los arts. 5 y 105h) una figura jurídica análoga: el *mandato de injeunção*. En otros ordenamientos jurídicos, aunque esta figura no está contemplada explícitamente la jurisprudencia la ha aplicado por entender que las normas constitucionales que consagran derechos sociales son auténticas normas jurídicas.

¹¹² Cfr. TAJADURA TEJADA, J., “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en CORCUERA ATIENZA, Javier (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.447-452.

¹¹³ Cfr. PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.71.

¹¹⁴ Dicho artículo dispone que: “1. *A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional deberá examinar y comprobar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.* 2. *En el supuesto de que el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente”.*

Este ha sido el caso de la Corte Constitucional de Costa Rica, según la cual el hecho que ciertos bienes y servicios requieran “*de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales*”¹¹⁵.

La argumentación de la sentencia es interesante. En primer lugar, porque reitera lo señalado por nosotros: los derechos sociales no constituyen una excepción al principio de supremacía constitucional. Aunque se asumiera, como lo hace la sentencia, que se requiere de la intervención de los poderes públicos para hacer efectivos los derechos sociales –hemos expresado que, a nuestro juicio, ello es efectivo pero ocurre también respecto de los derechos civiles y políticos- ello en “en nada les resta normatividad”. Además, se revierte el argumento de la no intervención de la justicia constitucional en temas referentes a derechos sociales. En vez de plantear, como lo han hecho otros órganos constitucionales, que para regular los derechos sociales las competencias del legislador son extraordinariamente amplias, la Corte Suprema de Costa Rica señala que, precisamente porque no es fácil demostrar que la inactividad estatal se debe a una falta de compromiso con los derechos sociales constitucionales, se requiere que sea “más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad”. En seguida, en la misma sentencia, la Corte de Costa Rica afirma de manera categórica la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión al sentenciar que “*Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política*”¹¹⁶.

¹¹⁵ Corte Suprema, Sala Constitucional, Costa Rica: Sentencia N° 2001-03825 de las 10:22 hrs. del 11 de mayo de 2001, Considerando VI.

¹¹⁶ *Ibid.* De todas formas, cabe mencionar que en este caso lo que se demandó no fue la inconstitucionalidad de una omisión del Legislador, sino más bien de la Administración que omitió transmitir los fondos públicos captados de impuestos con destinos específicos a causas sociales de interés colectivo.

Otro caso que merece ser mencionado es el que se originó en Venezuela a través de una demanda de inconstitucionalidad presentada por la ONG Provea en contra de la Ley Orgánica de Seguridad Social, argumentándose que la nueva ley no contemplaba el otorgamiento de una ayuda a los trabajadores que quedaren cesantes o en situación de desempleo antes de su entrada en vigencia. El Tribunal Supremo de Justicia, después de citar diversos preceptos constitucionales y disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos, sentenció lo siguiente:

“la ausencia de desarrollo legislativo por parte del legislador venezolano en relación con el régimen prestacional de empleo, por cuanto trae como consecuencia inmediata la falta de cotización para el financiamiento de la prestación del beneficio social en caso de desempleo y, más grave aún, por cuanto implica la negación de otorgamiento de dicha prestación a los beneficiarios, comporta la existencia de una omisión legislativa que debe ser remediada, a través de la orden a la Asamblea Nacional, para que ponga fin a esta situación y, en complemento, mediante la toma de medidas que, preventiva y cautelarmente, sopesen las consecuencias de tal abstención y eviten un indeseado incumplimiento de obligaciones internacionales”¹¹⁷.

De esta forma, el Tribunal Supremo de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la omisión y le ordenó a la Asamblea Nacional que, en un plazo máximo de 3 meses, sancionara una ley sobre la materia. El Tribunal adoptó incluso una medida cautelar que declaró la vigencia del régimen anterior hasta la aprobación de la nueva ley. Finalmente la Asamblea Nacional cumplió con promulgar una ley que reguló el Régimen Prestacional de Empleo y que consagra nuevamente la prestación de paro forzoso en situación de desempleo¹¹⁸.

2.6.2.- El caso español

Si bien en España esta posibilidad no encuentra reconocimiento en la Constitución no deja de ser relevante su estudio por medio de los diversos autores que se han dedicado a esta cuestión. Además, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado explícitamente respecto a esta figura jurídica, por lo cual tiene importancia práctica también en el ordenamiento jurídico español.

¹¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Venezuela: sentencia N° 91, de 2 de marzo de 2005.

¹¹⁸ *Cfr.* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Venezuela: sentencia N° 91, de 2 de marzo de 2005.

De acuerdo a los distintos autores que defienden la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, se requiere para su declaración que exista una norma que de manera permanente y concreta vincule al legislador a la adopción de medidas legislativas¹¹⁹. De ellos se desprende que para que en España pueda declararse que una ausencia de legislación es contraria a la Constitución debemos encontrarnos en una de las siguientes situaciones:

1) Que en el caso exista una exigencia constitucional de acción. No es suficiente un simple deber genérico de legislar y se requiere de un mandato concreto. En el caso de la Constitución española esta distinción es bastante clara: el art. 44, que se refiere al acceso a la cultura, entra en la segunda categoría de deber abstracto de legislar (también los arts. 9.2, 48 y 130.1), mientras el art. 43.2 sobre el derecho a la salud establece medidas legislativas concretas que debe adoptar el legislador, como es la adopción del sistema nacional de salud (también el art. 42 y el art. 50)¹²⁰.

2) Que la norma constitucional requiera de leyes para ser operativa jurídicamente, esto es, cuando se establece implícitamente un deber de legislar (un ejemplo es el caso del art. 105 de la CE).

3) Que se incumplan órdenes de legislar, esto es, mandatos únicos, concretos y no permanentes, a través de las cuales generalmente se ordena normativamente una institución (como en el art. 131.2 de la CE).

4) Por último, también podría declararse la inconstitucionalidad por omisión cuando la norma legislativa que cumple con un concreto mandato constitucional tiene carencias que hacen que opere como si no existiera.

¹¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ MORENO, B., *op. cit.*, p.216; CANOTILHO GÓMES, J., *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1992, pp.1089 y ss.

¹²⁰ Cfr. TAJADURA TEJADA, J., *op. cit.*, pp.447-452.

Debemos reiterar lo expresado en el sentido de que la cláusula del Estado social del art. 1.1 de la CE puede llegar a tener importantes grados de eficacia. Por otra parte, la Constitución debe asumirse como una norma jurídica y no como una mera declaración de principios¹²¹. En el caso de la Constitución española el principio de la vinculatoriedad de sus disposiciones está establecido en el art. 9.1, el cual prescribe que “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Sobre esta disposición el TC ha afirmado “que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1”¹²².

Las consideraciones anteriores se aplican, por tanto, al legislador. No obstante ello, el TC desde un comienzo ha puesto énfasis en los límites de su control de la ley en el ejercicio de su rol de garante de la Constitución, excluyendo, en principio, el rol de “legislador positivo”. Una sentencia que ejemplifica muy bien lo expresado es la 17/1981, de 1 de junio, en la que se afirma que: “*la ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla*”¹²³.

En todo caso, podemos señalar que el TC no se ha quedado sólo en una estricta función de “legislador negativo” sino que, como hemos visto a través de algunos casos descritos en los capítulos anteriores, ha ejercido sus funciones también formulando recomendaciones al legislador, dictando sentencias aditivas,

¹²¹ En este mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al afirmar que “desde la técnica del Derecho Constitucional la ineficacia supone un quebrantamiento, en última instancia, de la cualidad de norma jurídica de los preceptos constitucionales de que se trate, dado el sinsentido en el que recae, con el paso del tiempo, un precepto válidamente establecido pero alejado, a causa del rasgo de ineficacia que presenta, de la regulación de la realidad para la que fue creado. Al mismo tiempo, el ‘fraude’ al proyecto constitucional y a la vinculatoriedad de la obra del poder constituyente se hace también patente”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, pp.58-59.

¹²² STC: 16/1982, de 28 de abril, FJ 1º.

¹²³ STC: 17/1981, de 1 de junio, FJ 4º.

declarando la inconstitucionalidad parcial de normas que afectan el principio de igualdad y declarando la inconstitucionalidad sin nulidad por medio de las denominadas sentencias de “mera inconstitucionalidad”¹²⁴.

En cuanto, específicamente, a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión a través de la vía del recurso de inconstitucionalidad, esa posibilidad resulta de muy difícil articulación porque, en conformidad al art. 31 de la LOTC, el objeto de dicho recurso está constituido por las “*Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley*” que hayan sido publicados. Por lo anterior, la única alternativa posible sería la de proceder, cumpliendo algunos requisitos y respetando ciertos límites, a la intregación de las omisiones inconstitucionales¹²⁵.

En el caso particular de los derechos sociales constitucionales contenidos en el Capítulo III, el art. 53.3 de la CE parece excluir la posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión para su protección, al establecer que los principios rectores “*sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”. Esa interpretación es la que se desprende por lo demás de la jurisprudencia del TC se ha mostrado contraria a la inconstitucionalidad por omisión en lo referente a los derechos sociales regulados como principios rectores de la política social y económica, afirmando que “*(...) la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión*”¹²⁶, esto es, *por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta*¹²⁷.

¹²⁴ Sobre todas estas posibilidades empleadas por el TC, *Vid.* FIGUERUELO BURRIEZA, A., “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder legislativo”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 81, Julio-Septiembre 1993, pp.70-71.

¹²⁵ *Cfr.* AHUMADA RUIZ, M., *op. cit.*, pp.175 y ss.

¹²⁶ Las negritas son nuestras.

¹²⁷ STC: 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4º.

Para FERNÁNDEZ RODRIGUEZ hay, por lo menos, algunos supuestos entre los principios rectores en los que “de no tener normativa de desarrollo podría hablarse de inconstitucionalidad por omisión”¹²⁸. Se refiere especialmente al derecho a la seguridad social consagrado en el art. 49 que, por su fuerte grado de concreción, establece encargos específicos al legislador¹²⁹.

2.7.- Acciones colectivas para tutelar los derechos sociales

2.7.1.- Consideraciones generales

Las acciones constitucionales colectivas pueden tener indudablemente una importante función en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos constitucionalmente pues las violaciones a estos derechos pueden afectar a grupos de la población que se encuentran en una situación similar. Además, las acciones colectivas tienen muchas veces como telón de fondo a grupos o sectores marginados, donde la presentación de este instrumento jurídico constituye un elemento dentro de estrategias más amplias de algún movimiento social o político. En ese contexto, las pueden ser importantes desde la perspectiva del ideal deliberativo dado que pueden contribuir a activar la participación política de colectivos vinculados por intereses comunes así como también pueden instalar en el debate público temáticas que se encuentran excluidas de los procesos de decisión de los órganos representativos.

Ahora bien, al referirnos a la regulación constitucional de las acciones colectivas debemos en primer lugar realizar algunas precisiones acerca de los intereses supraindividuales que constituyen el objeto de protección de estas garantías jurisdiccionales. Los intereses supraindividuales se suelen clasificar en los intereses colectivos y los intereses difusos y, si bien no realizaremos un análisis en profundidad, es oportuno puntualizar algunas diferencias entre ambos conceptos.

¹²⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, p.374.

¹²⁹ *Cfr.*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, p.371.

En general un criterio utilizado para distinguir ambas nociones ha sido el del nivel de estructura alcanzado por el grupo¹³⁰. Así, los intereses difusos son los intereses que pertenecen a un grupo o sector de sujetos que se encuentran en un mismo estado. Ese colectivo de personas no tiene vínculos previos, es indeterminado o indeterminable y está unido por un algún elemento que conecta a ese grupo de sujetos como puede ser el vivir en un mismo lugar geográfico. Los ejemplos más frecuentes de intereses difusos son los que están en la base del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de los derechos de los consumidores. En cuanto a los intereses colectivos, éstos pueden ser definidos como aquellos que tienen por titular a un grupo determinado de personas vinculadas entre ellas o con la contraparte por una relación jurídica. En este caso, un ejemplo puede estar constituido por las personas que están afiliadas a un mismo seguro privado de salud.

En América Latina existe un importante número de ordenamientos que contemplan la existencia de acciones de amparo colectivo. Veamos los ejemplos de las constituciones de Argentina y Colombia¹³¹.

En el caso argentino la reforma constitucional de 1994 introdujo en el art. 43 el amparo colectivo en los siguientes términos:

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Entre los casos más relevantes de utilización de esa acción constitucional por parte de la jurisprudencia argentina podemos citar el ya mencionado *caso Viceconte*,

¹³⁰ GARCÍA HERRERA, M., “Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora”, en *Jueces para la democracia*, Núm. 12, 1991, p.20.

¹³¹ No obstante ello, es pertinente mencionar que en el contexto latinoamericano, destaca la regulación de las acciones colectivas realizadas por la Constitución brasileña de 1988 que consagra el mandamiento de seguridad colectivo, la Acción popular y la Acción Civil Pública.

*Mariela*¹³², en el que la interpretación extendida de la calidad de “afectado” permitió identificar un derecho de incidencia colectiva, el derecho a la salud pública, para habilitar el planteo colectivo de la acción¹³³. La falta de vacunas para el “Mal de los Rastrojos” impactaba sobre un grupo compuesto potencialmente por tres millones y medio de personas, por lo que sólo era admisible un remedio de tipo colectivo, que trascendiera a Mariela Viceconte, actora y beneficiara, reconociéndose su legitimación para solicitar la elaboración de la vacuna Candid 1 cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la OMS¹³⁴ y pertenece al grupo de las denominadas huérfanas pues su producción no resulta rentable para los laboratorios.

Como adelantamos, el otro ejemplo está dado por la Constitución colombiana de 1991. Dicho texto constitucional regula las acciones colectivas en el art. 88 señalando que:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

De la lectura de esta disposición se pueden distinguir tres clases de acciones: las acciones populares, las acciones de grupo y las acciones que persiguen la

¹³² Cfr. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Argentina: “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, sentencia de 2 de junio de 1998. Nos referimos a este caso en el capítulo V.4, *supra*.

¹³³ En dicha sentencia, el tribunal de segunda instancia se refirió en términos amplios a los afectados señalando que “*a) al haber asumido el Estado Nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente, el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso*” (las negritas son nuestras). Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Argentina: “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, sentencia de 2 de junio de 1998, párr. XI.

¹³⁴ Cfr. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Argentina: “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, sentencia de 2 de junio de 1998, párr. XI.

responsabilidad objetiva en materia de derechos colectivos¹³⁵. Todas ellas, pero especialmente las primeras, han sido utilizadas en múltiples casos para tutelar derechos sociales reconocidos constitucionalmente.

2.7.2.- El caso español

El art. 51 CE, situado dentro de los principios rectores de la política social y económica española, reconoce la existencia de intereses colectivos y la necesidad de que estos sean resguardados a través de medios específicos de tutela. Dicho precepto establece que: “*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. No obstante ello, en España la Constitución no establece alguna acción o recursos que protejan específicamente intereses de grupo, sean éstos difusos o colectivos.

Pese a lo anterior, la legitimación activa para la presentación del Recurso de Amparo es amplia ya que el art. 162.1b) establece que puede ser presentado por “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo*”. Por otra parte, el art. 46 de la LOTC incluye como legitimados para interponer el Recurso de Amparo “*la persona afectada*” cuando la violación de los derechos fundamentales deriva de un acto sin valor de ley del poder legislativo estatal o autonómico, y “*por quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente*”, en el caso de las violaciones originadas por actos del administración o de un órgano judicial. Claramente de las disposiciones citadas se deduce que, en caso de violaciones masivas, pueden tener un interés legítimo grupos de personas naturales o constituidas en personas jurídicas y, de esta manera, se pueden defender intereses colectivos. Recordamos, sin embargo, que el Recurso de Amparo sólo sirve para la protección directa de los derechos sociales constitucionales incluidos en la Sección I del Capítulo II mientras la mayoría de los

¹³⁵ *Cfr.* NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 143, 2009, p.144-145.

derechos sociales constitucionales están contenidos en la Sección II del Capítulo II y, principalmente, en el Capítulo III.

Un caso particular de legitimación activa de grupos de individuos que tiene relevancia para la tutela de los derechos sociales está dado por la libertad sindical (art. 28) pues en caso de que sea violada la libertad de afiliación de un miembro de un sindicato, éste puede interponer el Recurso de Amparo¹³⁶.

Por otra parte, el Defensor del Pueblo también está legitimado para interponer el Recurso de Amparo y ello es relevante en casos de tutela de grupos o sectores de ciudadanos que puedan ver afectados sus derechos constitucionales, sean estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Pero es en el plano legal donde encontramos la existencia de acciones colectivas pues diversos textos legales regulan esta clase de acciones que resguardan los intereses de una pluralidad de sujetos, destacando particularmente la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Es su art. 11 se consagra la legitimación de grupos para proteger tanto intereses colectivos como difusos.

Otros textos legales también han desarrollado diversas clases de acciones colectivas como, por ejemplo, la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (art. 16), la Ley General de Publicidad (art. 25) y la Ley de Competencia Desleal (art. 18), la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 20). Especialmente en este último precepto se han sustentado desde 1998 a la fecha los reclamos de grupos de ciudadanos en temas vinculados a los derechos de los consumidores y, en algunos casos, sus pretensiones han estado relacionadas con derechos sociales constitucionales. Incluso, algunos de esos supuestos jurisprudenciales han derivado en la presentación de recurso de amparo motivados en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en razón de que se ha declarado inadmisibles recursos

¹³⁶ Sobre el interés legítimo que tienen los sindicatos para recurrir de amparo en estos supuestos *Vid.* STC: 114/2002, de 20 de mayo, FJ 2.

contencioso-administrativos por falta de legitimación activa de organizaciones de consumidores.

Destacan, en particular, dos casos en los que se desconoció la legitimación activa de la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios para cuestionar resoluciones administrativas dictadas en el marco de convocatorias de ayudas públicas para la adquisición de vivienda a precio tasado¹³⁷. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia consideró en esos supuestos que, por amplias que puedan ser las facultades que el ordenamiento reconoce a las asociaciones de consumidores y usuarios para actuar en defensa de sus representados, no alcanzan para impugnar resoluciones como las mencionadas.

En ambas sentencias el TC señaló que las cuestionadas declaraciones de inadmisibilidad se fundaron en interpretaciones excesivamente restrictivas del requisito procesal de la legitimación activa y que, por tanto, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción¹³⁸.

En la primera de las dos sentencias se señaló, además, que la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva se producía “*al negar, contra claras evidencias derivadas de la propia naturaleza de la cuestión controvertida, que la concesión de ayudas financieras directas por parte de la Administración en la adquisición de viviendas pudiera estar vinculada con intereses de los solicitantes en su condición de consumidores y usuarios*”¹³⁹. De esta forma, podemos afirmar que a través de estos pronunciamientos del TC se tuteló también de manera indirecta un interés relacionado a un derecho social como es el derecho a la vivienda.

¹³⁷ Nos referimos a las SSTC números 131/2009, de 1 de junio y a la 219/2005, de 12 de septiembre.

¹³⁸ Cfr. SSTC: 131/2009, de 1 de junio, FJ 5º y 219/2005, de 12 de septiembre, FJ 3º.

¹³⁹ STC: 219/2005, de 12 de septiembre, FJ 3º.

3.- Justiciabilidad indirecta

Hemos señalado que la justiciabilidad indirecta consiste y la conforman toda estrategia judicial dirigida a conseguir el fin de la violación de un determinado derecho o su realización sin invocarlo explícitamente. Como mencionamos anteriormente al tratar del Recurso de Amparo establecido en la Constitución Española, las garantías previstas para la protección de los derechos civiles y políticos pueden extenderse a los derechos económicos, sociales y culturales. El carácter abierto y expansivo de los derechos fundamentales junto a la aplicación del principio de interdependencia e indivisibilidad consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han ido contribuyendo a que se haya asentado en múltiples ordenamientos esa protección indirecta a los derechos sociales.

A continuación, abordaremos diversas formas de justiciabilidad indirecta de los derechos sociales: a través del principio de no discriminación, por medio de los llamados derechos procedimentales y, en último lugar, invocando un derecho civil o político. En la parte final de este acápite abordaremos también la relevancia que tienen los principios de transparencia y acceso a la información para efectos de fiscalizar las políticas públicas vinculadas con la realización de los derechos sociales constitucionales.

3.1.- La realización de los derechos sociales constitucionales a través del principio de igualdad

El principio de no discriminación es, como tuvimos oportunidad de señalar con anterioridad, un principio transversal que debe aplicarse por igual a los DCP y a los DESC, por lo cual se encuentra consagrado a nivel internacional tanto en el PIDCP como en el PIDESC¹⁴⁰. A continuación abordaremos la justiciabilidad de los

¹⁴⁰ *Vid.* Capítulo II.2.4, *supra*.

DESC a través tanto del principio de igualdad formal o igualdad ante la ley como del principio de igualdad material o sustancial.

3.1.1.- A través del principio de igualdad formal

3.1.1.1.- Consideraciones generales

Lo primero que hay que señalar es que el principio de igualdad¹⁴¹ constituye en su esencia un concepto relacional: no puede verificarse su realización considerando a las personas en realidades aisladas sino siempre en términos de comparación entre dos o más personas o situaciones¹⁴². En segundo lugar, el principio de igualdad no excluye la existencia de diferencias entre dos o más personas o situaciones sino más bien lo que realmente prohíbe son aquellas que se basan en distinciones de carácter arbitrario. Las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con ciertos requisitos como la idoneidad y proporcionalidad¹⁴³.

En el ámbito de la Unión Europea, como tuvimos oportunidad de recalcar en el Capítulo III, desde los comienzos de su creación el principio de no discriminación ha sido un pilar del derecho comunitario. En especial, ha sido importante la aplicación de directivas comunitarias que prohíben la discriminación en razón de sexo pero, en este caso, nos parece importante resaltar la extensión de esas normativas a las personas transexuales, particularmente para la defensa de sus derechos sociales.

¹⁴¹ Sobre el principio de igualdad existen obras que lo abordan desde múltiples perspectivas filosóficas, económicas y, por cierto, jurídicas. No es del caso citar esa extensa bibliografía pero queremos destacar un libro bastante reciente de David GIMÉNEZ GLÜK acerca de la igualdad en el constitucionalismo español: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Editorial Bosch, 2004, 366 pp.

¹⁴² Cfr. RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, p.12.

¹⁴³ Cfr. GIMÉNEZ GLÜK, D., *op. cit.*, pp.81-120.

En la jurisprudencia del TJUE destaca el *caso P. contra S. Cornwall County Council*, en el que el demandante alegó haber sido despedido de un centro educacional público del Reino Unido por ser un transexual. El Alto Tribunal afirmó en este caso que la aplicación de la directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. Nos parece oportuno transcribir los fundamentos de la motivación de la sentencia donde se destaca con claridad el criterio utilizado por parte del Tribunal de Justicia:

“En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado. En efecto, tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado. Por lo tanto, cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación. Tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger”¹⁴⁴.

El segundo supuesto es el *caso K.B.* que tiene relación con la negación de pensión de supervivencia a una persona transexual. Dicha pensión es otorgada en el Reino Unido al cónyuge superviviente y, en el caso en cuestión, le fue negada a un conviviente transexual. El TJUE consideró la medida contraria a la CEDH y, por tanto, al derecho comunitario, en especial por violar el art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea que establece el principio de igual retribución entre trabajadores de sexo masculino y los de sexo femenino. El Tribunal estimó que la legislación británica es discriminatoria por impedir a una pareja de convivientes cumplir con la condición de contraer matrimonio, requisito necesario para que uno de ellos pueda gozar de un elemento de la retribución del otro¹⁴⁵.

¹⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia P contra S y Cornwall County Council (cuestión prejudicial), causa C-13/94, de 30 de abril de 1996, párr. 20-22.

¹⁴⁵ *Cfr.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia K.B. contra National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health (cuestión prejudicial), causa C-117/01, de 7 de enero de 2004, párr. 34.

En la esfera del Consejo de Europa, no podemos dejar de mencionar el papel jugado por el TEDH en la protección del principio de igualdad, tanto cuando la causa del trato diferenciado es por razón de género -aplicándose también en este caso las disposiciones a las personas transexuales¹⁴⁶- como respecto a cualquier otra causa injustificada. En particular, destaca la presentación de numerosas demandas por discriminación en razón de nacionalidad. Una de ellas derivó en el *caso Gaygusuz contra Austria*, de especial relevancia por la protección del derecho a la seguridad social. En la citada sentencia, el TEDH, basándose en el art. 14 de la CEDH que establece la prohibición de discriminación en concordancia con el art. 1 sobre derecho de propiedad¹⁴⁷ consagrado en el Primer Protocolo de la Convención, protegió el seguro de cesantía o indemnización por el despido de un ciudadano turco contra el Estado austriaco afirmando que la diferencia de trato no obedecía a ninguna “*justificación objetiva y razonable*”¹⁴⁸. Como vemos, este es un caso donde se muestra en toda su magnitud el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y la necesidad de proteger los DESC a través de estrategias judiciales creativas: se busca proteger un derecho social –el derecho a la seguridad social- y un derecho civil –el derecho de propiedad- utilizando para ello un principio transversal a ambas categorías de derechos como es el de no discriminación.

Respecto a la aplicación del principio de igualdad por parte de la justicia constitucional un lugar importante lo ocupa el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, que ha dado lugar en virtud de dicho principio a la extensión de beneficios sociales concedidos solo a determinados grupos de la población. El caso *casos Khosa con Ministerio de Desarrollo Social y Mahabale con Ministerio de Desarrollo Social* son probablemente los mejores ejemplos de esta forma de realizar los derechos sociales utilizada por el Tribunal Constitucional sudafricano. En dichos supuestos

¹⁴⁶ *Vid.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Rees contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1996, párr. 38.

¹⁴⁷ El tribunal estimó que el ciudadano turco había cotizado anteriormente y por tanto tenía un derecho patrimonial adquirido. *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Gaygusuz contra Austria, de 16 de septiembre de 1996, párr. 36-41.

¹⁴⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Gaygusuz contra Austria, de 16 de septiembre de 1996, párr. 50.

jurisprudenciales se cuestionó la Ley de Asistencia Social por establecer requisitos discriminatorios y no razonables para adjudicar subsidios sociales que excluían a los residentes permanentes y eran, por tanto, discriminatorios¹⁴⁹.

A nuestro juicio esta sentencia tuvo algunas consideraciones dignas de ser mencionadas por el raciocinio utilizado en cuanto a los debates sobre la discrecionalidad del legislador y el costo de los derechos. En primer lugar porque respecto de las consecuencias financieras de su decisión el Tribunal señaló que la eliminación del requisito discriminatorio y la consecuente inclusión de nuevos beneficiarios implicarían un incremento inferior al 2% del costo de los subsidios y que ello no era demasiado problemático por constituir solo una “*pequeña parte en proporción al costo total*”¹⁵⁰.

A lo anterior se une también el hecho que el Tribunal efectuó el “test de razonabilidad” concluyendo que el requisito en cuestión era discriminatorio y desproporcionado para obtener los fines políticos que el legislador perseguía. Los representantes estatales sostuvieron que el objetivo del requisito había sido incentivar que los residentes permanentes fueran autosuficientes pero el Tribunal respondió a este argumento señalando que debían utilizarse medios menos severos para buscar que los inmigrantes no se convirtieran en una carga¹⁵¹ y amplió la aplicación de la ley interpretando que los residentes se encuentran incluidos en ellos. De esta forma, nos encontramos ante un claro ejemplo de una sentencia aditiva que, como señalamos en el capítulo anterior, se han dictado especialmente como aplicación del principio de igualdad por parte de los tribunales constitucionales de Italia y España. Las consideraciones del Tribunal son muy interesantes ya que significan explícitos pronunciamientos sobre distribución de recursos y una clara intervención en políticas públicas. En nuestra opinión, es evidente que la decisión

¹⁴⁹ Cfr. Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Khosa & Ors v Minister of Social Development & Ors*. Cited as: 2004(6) BCLR 569 (CC), de 4 de marzo de 2004, párr. 78.

¹⁵⁰ Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Khosa & Ors v Minister of Social Development & Ors*. Cited as: 2004(6) BCLR 569 (CC), de 4 de marzo de 2004, párr. 62.

¹⁵¹ Cfr. Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Khosa & Ors v Minister of Social Development & Ors*. Cited as: 2004(6) BCLR 569 (CC), de 4 de marzo de 2004, párr. 64-65.

del Tribunal Constitucional no fue arbitraria ya que, efectivamente, existía una discriminación.

Por último, en esta parte nos parece interesante revisar la jurisprudencia constitucional chilena respecto de Recursos de Protección interpuestos por estudiantes expulsados de sus colegios por participar en ocupaciones masivas de los establecimientos educacionales ocurridas en los últimos años y, especialmente, durante el año 2006. Entre los meses de marzo y junio de ese año se generó en Chile un importante movimiento estudiantil que planteó la existencia de una severa crisis en la educación pública chilena y la necesidad de que se realizaran reformas estructurales. Como producto del movimiento, el gobierno chileno decidió remover al Ministro de Educación y designó una comisión que debía elaborar una reforma sustancial al sistema educativo.

Una de las herramientas utilizadas por el movimiento estudiantil fue la de ocupar los establecimientos educacionales como forma de presionar y exigir el cumplimiento de sus demandas. Ante esta situación, algunos directores de institutos resolvieron -en conjunto con los alcaldes- expulsar a los líderes del movimiento por no haber respetado determinadas disposiciones de los reglamentos internos. Ante esta situación, los estudiantes, representados por sus padres, interpusieron Recursos de Protección pero no se pudo alegar la violación del derecho a la educación porque no está incluido entre los que permiten la interposición de dicho recurso. De esta manera, se tuvo que recurrir a una protección indirecta y se invocó la vulneración de diversos derechos como la libertad de expresión, el debido proceso, el derecho de propiedad y, por último, el principio de igualdad.

La jurisprudencia de los tribunales fue contradictoria dando lugar en algunos casos a los recursos presentados y rechazándolos en otros supuestos similares. Específicamente, en relación al principio de igualdad que es el que estamos tratando en esta parte, es pertinente mencionar el razonamiento empleado en uno de los

casos ya que, a nuestro parecer, se realizó una construcción jurídica de dicho principio bastante acorde con una visión garantista al sostener el tribunal que:

“en un muy amplio universo estudiantil se ha perseguido a una minoría, sin que se cuente con elementos de juicio objetivamente incriminatorios con respecto a quienes la integran, como para justificar la segregación que de ellos se efectúa. Siendo así, se incurre en trasgresión de la garantía de igualdad ante la ley que consagra el artículo 19 N° 2° inciso segundo de la ley primera, que prohíbe a la autoridad establecer diferencias arbitrarias.”¹⁵²

En otros casos, en cambio, la argumentación de los jueces fue cuestionable desde una perspectiva garantista y anti discriminatoria. En uno de sus fallos, los tribunales señalaron al respecto lo siguiente:

“no es posible sostener que al aplicar la sanción de cancelación de matrícula a los recurrentes, pueda existir (...) infracción a la garantía de igualdad ante la ley por el solo hecho de haber sancionado únicamente a los líderes que promovieron, coordinaron y actuaron como voceros de la acción ilícita de la toma del establecimiento educacional mencionado, ya que frente a un movimiento masivo, lo lógico es sancionar a sus dirigentes e instigadores, carácter que por lo demás el recurso no niega ni ha sido negado durante la tramitación del presente recurso ni lo fue en estrados, y a éstos, individualizados en la Resolución que dispuso el castigo, la sanción se les aplicó en términos exactamente iguales, es decir, no discriminatorios”¹⁵³.

Nos parece que la interpretación del principio de igualdad que se realizó en este último supuesto, al afirmar que no existe discriminación por aplicarse las sanciones sólo a “los líderes del movimiento” y que a estos “se les aplicó en términos exactamente iguales”, no se condice con la jurisprudencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre igualdad y no discriminación mencionada en páginas anteriores. También llama la atención la criminalización de la acción estudiantil al referirse a ella como “acción ilícita” y a los dirigentes como “instigadores”. No obstante, cabe señalar que también en este punto la jurisprudencia ha sido contradictoria pues en otros casos los tribunales asimilaron las ocupaciones estudiantiles a las huelgas laborales¹⁵⁴.

¹⁵² Corte de Apelaciones de Santiago, Sexta Sala, Chile: sentencia Rol N° 5.589 de 19 de enero de 2007, Considerando Jurídico 13. En un sentido similar se había pronunciado la misma Corte en la sentencia Rol N° 5.751-2006, de 22 de diciembre de 2006.

¹⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, Séptima Sala, Chile: sentencia Rol N° 2955-2007, de 22 de agosto de 2007, Considerando Jurídico 7.

¹⁵⁴ Así, en otra sentencia de la misma Corte de Apelaciones se afirmó que “*resulta pertinente recordar que históricamente numerosos movimientos estudiantiles han sido el motor de cambios y evoluciones sociales, siendo las tomas una de las formas que tradicionalmente se han utilizado por los alumnos, lo cual puede paragonarse con los movimientos huelguísticos en materia de derecho laboral y, particularmente, del área sindical, que están legalmente*

Queda claro entonces que en los casos de expulsiones de alumnos por participar en movimientos estudiantiles la jurisprudencia constitucional chilena fue bastante discordante y los fundamentos jurídicos de esos fallos plantearon frecuentemente razones opuestas para acoger o rechazar los recursos presentados. En nuestra opinión este tipo de casos constituyen un ejemplo paradigmático del principio de conexión e interdependencia de todos los derechos fundamentales pues, además del principio de igualdad, se ven envueltos múltiples derechos como el derecho a la educación, la libertad de expresión y el derecho de propiedad¹⁵⁵.

3.1.1.2.- El caso español

El principio de igualdad subyace en el ordenamiento jurídico español a toda la estructura constitucional¹⁵⁶ y prueba de ello es que ya el art. 1.1 CE lo sitúa entre los valores superiores del ordenamiento jurídico español al proclamar que “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad¹⁵⁷ y el pluralismo político*”. Otra norma pilar del texto constitucional es el art. 10.1 que da comienzo al Título I denominado “*De los derechos y deberes fundamentales*”. Dicho precepto, al consagrar entre los valores superiores a la dignidad humana, es la base de todos los derechos fundamentales y en especial del principio de no discriminación¹⁵⁸. Posteriormente, el Capítulo II relativo a los derechos y libertades comienza con el art. 14 que se refiere

reconocidos”. Corte de Apelaciones de Santiago, Chile: sentencia Rol N° 5.717-2006, de 12 de diciembre de 2006, Considerando Jurídico 8.

¹⁵⁵ A la utilización del derecho de propiedad para proteger derechos sociales nos referiremos más adelante, en el apartado 3.3 de este Capítulo, *infra*.

¹⁵⁶ De esta opinión es, entre otros, RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, pp.9-10.

¹⁵⁷ Las negritas son nuestras.

¹⁵⁸ El art. 10.1 de la Constitución española establece que “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. El hecho de que las discriminaciones vulneran la dignidad de la persona ha sido declarado reiteradamente por el TC. *Vid.* SSTC: 128/1987, de 16 de julio, FJ 5°; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2°; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2°; y 17/2003, de 30 de enero, FJ 3°.

al principio de igualdad y rechaza cualquier tipo de discriminación al señalar que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Por otra parte, volviendo al citado art. 14 de la CE, se incluyen en dicha norma algunas hipótesis concretas sobre situaciones de discriminación como el “*nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión*”. La doctrina ha denominado a estas referencias expresas “categorías sospechosas” y la jurisprudencia constitucional ha exigido que en el caso de realizarse diferenciaciones en esos supuestos el juicio de legitimidad constitucional debe ser más estricto¹⁵⁹. Además, en esos supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que la misma norma concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación¹⁶⁰.

Lo anterior, como ha señalado el Tribunal Constitucional (Sentencia 75/1983, Fundamento Jurídico 3º, entre otras) no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación y la misma norma incluye una cláusula abierta al establecer como causal de la violación de la igualdad las discriminaciones por “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. El sentido de la expresión “categorías sospechosas” es mencionar algunas situaciones específicas de posible discriminación debido a la existencia de diferenciaciones históricas que han perjudicado tradicionalmente a algunos colectivos.

Por otra parte, debemos destacar que el principio de igualdad y el examen de las situaciones posiblemente discriminatorias fueron, desde que la Constitución de

¹⁵⁹ Cfr. SSTC: 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4º; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8º; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4º; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6º y 7º.

¹⁶⁰ Cfr. SSTC: 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6º; 377/1993, 20 de diciembre, FJ 3º; 5/1994, de 17 de enero, FJ 2º; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4º.

1978 entró en vigencia, algunas de las cuestiones que originaron más sentencias del TC. En una joven democracia como la que estaba naciendo era de gran importancia asegurar a todas las personas el derecho a la igualdad ante la ley y la eliminación de toda clase de discriminación. Con las primeras decisiones quedó claro que lo que se habría buscado no era la igual identidad sino el igual tratamiento ante situaciones similares y la condena de las diferenciaciones arbitrarias. De esta manera, el TC sentaba la doctrina de que las violaciones al principio de igualdad se producen cuando “*la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable*”¹⁶¹, lo que tendría que evaluarse en cada caso concreto considerando el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la diferenciación. Se ha señalado también que el fundamento del trato diferenciado debe consistir en motivos de “relevancia jurídica”. De acuerdo a la jurisprudencia del TC, esa relevancia jurídica se determina con una construcción sistémica tridimensional en la que se deberá determinar si la diferenciación es objetiva, razonable y proporcional.

La STC 22/1981 en materia de derecho al trabajo señaló precisamente que sólo se vulnera el principio de igualdad cuando la diferenciación carezca de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad¹⁶². El TC ha señalado que no se requiere la concurrencia de los tres elementos sino que puede concurrir uno o varios. La apreciación respecto de estos tres elementos la realizará en primer término el legislador¹⁶³. Sin embargo, en esa labor el legislador no es completamente libre pues tiene como limitaciones el respeto a los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, los preceptos o principios constitucionales y el propio principio de igualdad¹⁶⁴. En segundo término puede concurrir el TC a través del denominado juicio de legitimidad, que no es otra cosa que el proceso a través del cual el máximo Tribunal revisa la concurrencia de los tres requisitos mencionados para definir si se

¹⁶¹ STC: 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3º.

¹⁶² *Cfr.* SSTC: 22/1981, de 2 de julio, FJ 3º; 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3º; 119/2002, de 20 de mayo, FJ 3º; 27/2004, de 4 de marzo, FJ 3º.

¹⁶³ *Cfr.* STC: 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3º.

¹⁶⁴ *Cfr.* STC: 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3º.

ha vulnerado o no el art. 14 CE¹⁶⁵. El TC español con esta jurisprudencia recoge la del TEDH, especialmente en sus sentencias de 23 de julio de 1968 y de 27 de octubre de 1978.

El examen que realiza el TC para determinar si ha existido una vulneración del principio de igualdad en la regulación de los DESC es sistémico pues involucra la interpretación conjunta del derecho específico en cuestión, del principio de igualdad consagrado en el art. 14, del art. 1.1 que establece la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y del art. 9.2 que consigna el deber de los poderes públicos de promover la libertad y la igualdad y de remover los obstáculos para su realización¹⁶⁶. La diferenciación será objetiva, razonable y proporcional cuando el legislador estime que ella permite la corrección de una desigualdad fáctica.

Por otra parte, la jurisprudencia del TC nos permite identificar algunos parámetros para calificar si las diferenciaciones que se realizan superan el juicio de legitimidad. De esta manera, se ha señalado por el máximo intérprete de la Constitución que las circunstancias de temporalidad no justifican una diferencia normativa. Por ejemplo, vulneraría el principio de igualdad establecer que los trabajadores que han ingresado después de una determinada fecha a una empresa no podrán ejercer ciertos derechos o beneficios laborales por no tener tal elemento la relevancia de razón justificante¹⁶⁷. De la misma forma, se ha señalado que cuando la

¹⁶⁵ Cfr. STC: 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4º.

¹⁶⁶ Como acertadamente se ha dicho, el art. 9.2 CE tiene “la funcionalidad de facilitar una interpretación del art. 14 como atinente también a la igualdad real y efectiva por cuanto la integración de ambos preceptos proporciona una cobertura constitucional explícita para ello”. TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p.102.

¹⁶⁷ El TC señaló en su sentencia 27/2004 que la fecha de ingreso no justifica “*un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado del trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo*”. STC: 27/2004, de 4 de marzo, FFJJ 6º y 8º.

diferencia normativa radica sólo en la duración de los contratos no se justifica una menor retribución¹⁶⁸.

EL TC ha señalado que lo que se prohíbe son las desigualdades que resultan “*artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados*”¹⁶⁹. Por tanto, el razonamiento es inverso: no serán razonables y objetivas las diferenciaciones “*artificiosas o injustificadas*”.

En cuanto al elemento de la proporcionalidad, el TC ha señalado que lo que busca es que “*la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos*”¹⁷⁰. En definitiva, se debe evitar que la diferenciación, en vez de constituir una medida de corrección de desigualdades, se transforme en una medida que genere mayor desigualdad. Para lograr este objetivo debe ponderarse el efecto que la medida tiene respecto de los derechos de otros individuos afectados por la diferenciación.

Ahora bien, el principio de igualdad ante la ley puede tener consecuencias relevantes en su aplicación a los derechos sociales constitucionales, algunas de las cuales mencionaremos en seguida. Una situación de especial relevancia ha sido la equiparación que se ha realizado en cuanto a la diferencia de trato en materia de pensión de viudedad entre las parejas unidas por el vínculo del matrimonio y las uniones de hecho. Después de una primera jurisprudencia que estimaba admisible la distinción entre ambas figuras¹⁷¹, el TC se pronunció sobre la exclusión del supérstite de las uniones de hecho de la pensión de viudedad señalando que “*carece de*

¹⁶⁸ *Cfr.* STC: 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6º. *Vid.*, en un sentido similar, STC: 177/1993, de 31 de mayo, FJ 3º.

¹⁶⁹ SSTC: 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2º; 104/2004, de 28 de junio, FJ 4º.

¹⁷⁰ STC: 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2º.

¹⁷¹ *Cfr.* STC: 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3º. Para un comentario crítico de dicho pronunciamiento *Vid.* TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *op. cit.*, pp.51-54.

*un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional*¹⁷². Nos parece que esta última es la acertada doctrina: la celebración del matrimonio no debe ser un factor que discrimine en el goce de derechos sociales como es en este caso el derecho a la seguridad social, más aun cuando desde una noción tradicional se ha ido evolucionando a concepciones de familia distintas de la tradicional¹⁷³.

Otra hipótesis tiene relación con la protección del derecho a la vivienda a través del principio de igualdad. Con la sentencia 222/1992 se protegió el derecho a la vivienda de las personas convivientes declarando la inconstitucionalidad de la normativa vigente que sólo otorgaba el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento al cónyuge sobreviviente y no a las personas que convivieron en forma equivalente pero sin contraer matrimonio. Se consideró por parte del TC que si una pareja convivió *more uxorio*, el contenido de dicha convivencia no reviste diferencias que permitan amparar desigualdades en el ejercicio de un derecho social como el derecho a la vivienda¹⁷⁴. Siguiendo un razonamiento similar, el TC otorgó la protección del derecho a la vivienda a las personas convivientes en la ya citada sentencia 155/1998, de 17 de julio¹⁷⁵.

Para mayor abundamiento a lo que hemos venido señalando sobre la utilización del principio de igualdad en relación a los derechos sociales constitucionales, nos referiremos a continuación a la jurisprudencia del TC en dos temas que constituyen interesantes botones de muestra: a) la protección de los derechos sociales de los extranjeros y b) las discriminaciones por razón de sexo en materia de derechos sociales.

¹⁷² STC: 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6°.

¹⁷³ Sobre la evolución desde una noción tradicional de familia a la existencia de distintas concepciones de familia, *Vid.* GALLEGO GARCÍA, E., *Los cambios del Derecho de Familia en España (1931-1981)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp.48 y ss.

¹⁷⁴ *Cfr.* STC: 222/1992, de 11 de diciembre, FFJJ 5° y 6°. Esta sentencia es interesante también porque ampara otros modelos de familia además de la que está sustentada en el matrimonio.

¹⁷⁵ *Vid.* Capítulo V.4, *supra*.

a) Los derechos sociales de los extranjeros

Resalta de inmediato de la lectura del art. 14 de la CE que la prohibición de discriminación tenga como sujetos activos solamente a “*los españoles*”. Esto ha sido criticado porque implicaría de alguna manera poner en cuestión la universalidad de los derechos humanos, especialmente en relación a la titularidad de los derechos sociales¹⁷⁶. De todas formas y, aunque también nos parezca rechazable en este aspecto la redacción de la mencionada disposición, debemos decir que de la exclusión de los extranjeros de ese precepto no se deriva que la Constitución no les reconozca en absoluto el goce de los derechos fundamentales establecidos en su texto. Lo que, en cambio, significa, recordando la interpretación que el TC ha realizado desde la sentencia 107/1984, es que el art. 13 que se refiere precisamente a los derechos fundamentales de los extranjeros, sin significar una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, permite que en algunas materias se puedan realizar regulaciones diferenciadas¹⁷⁷.

La interpretación del art. 13 CE por parte del TC ha derivado en la clasificación de los derechos de los extranjeros en tres clases distintas:

- derechos para nacionales y extranjeros por su relación con la dignidad humana;
- derechos que los extranjeros pueden ejercer en conformidad a lo que dispongan las leyes y los tratados internacionales, y
- derechos de atribución exclusiva a los nacionales por estar vinculados a la soberanía política¹⁷⁸.

¹⁷⁶ *Cfr.* AÑON ROIG, M., “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp.9-14.

¹⁷⁷ *Cfr.* STC: 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º y 4º. *Vid.*, posteriormente, en el mismo sentido, SSTC: 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º; 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2º; 95/2000, de 10 de abril, FJ 3º.

¹⁷⁸ A estas tres clases de derechos se agrega por parte de algunos la existencia de derechos no pertenecientes a los españoles por ser exclusivos de extranjeros como ocurre con el derecho de asilo. *Cfr.* NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. Las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 y 259/2007, como reconstrucción

Se trata, por cierto, de una clasificación que entraña dificultades puesto que todos los derechos fundamentales están conectados con la dignidad humana que de acuerdo al art. 10.2 constituye un fundamento de todo el orden político. Por otra parte, debemos aclarar que en la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de españoles, ocupan un lugar privilegiado los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en conformidad a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

En cuanto a los extranjeros no comunitarios, cabe señalar que, al convertirse España sólo en las últimas décadas del siglo en un país de inmigración, la regulación de este fenómeno se produjo recién a mediados de la década de los ochenta con la primera Ley de Extranjería. Dicha ley se mantuvo durante quince años hasta que, en el año dos mil se aprobó la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ésta normativa se caracterizó por tener un énfasis en la integración social puesto que buscaba equiparar a los nacionales con los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

Después de poco tiempo, se aprobó una reforma mediante la LO 8/2000. Ésta nueva ley se caracterizó por tener entre sus ejes centrales en el estatuto jurídico del extranjero la situación administrativa, de tal forma que si el extranjero es regular puede ejercer un conjunto de derechos considerables, mientras que si es irregular sus derechos se ven drásticamente reducidos. La regularidad se obtiene con la posesión de la autorización de trabajo y del permiso de residencia.

Los recientes pronunciamientos del TC en sus sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre¹⁷⁹ a los que ya hicimos mención en la

de una doctrina constitucional confusa”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 18, 2008, en [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407166].

¹⁷⁹ Acerca de la relevancia de dichas resoluciones del Tribunal Constitucional destacan, especialmente, las siguientes contribuciones: MONEREO PÉREZ, J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I)” en *Relaciones Laborales*, Núm. 6, Sección Doctrina, Quincena del 23 Mar. al 8 Abr. 2008, pp. 329-363;

parte final del Capítulo V, suponen un importante giro en la jurisprudencia constitucional sobre derechos de los extranjeros y su doctrina podría llegar a proyectarse a otros derechos de las personas inmigrantes sobre los que directamente no se pronunció el Tribunal Constitucional en estas sentencias.

Las mencionadas sentencias tuvieron por objeto la presunta regulación inconstitucional de algunos derechos establecidos en la última reforma a la Ley de Extranjería y tienen su origen en recursos de inconstitucionalidad presentados por el Parlamento de Navarra y por el Letrado de la Junta de Andalucía a través de los recursos de inconstitucionalidad núm. 1707/2001 y 1640/2001, respectivamente. El problema de fondo que se plantea en las dos sentencias es si el legislador orgánico se ha excedido en su capacidad de establecimiento de restricciones a los siguientes derechos fundamentales de los extranjeros irregulares: reunión, asociación, educación no obligatoria, sindicación, huelga, intimidad y reagrupamiento familiar, motivación de la denegación de visado, asistencia jurídica gratuita, expulsión por conducta delictiva, internamiento de retornados y defensa en el procedimiento de expulsión preferente.

Las entidades recurrentes procedieron mediante recurso de inconstitucionalidad con dos argumentaciones centrales: primero, que la libertad que concede el art. 13.1 al legislador no permite establecer diferencias en base a la no regularidad respecto del ejercicio de ciertos derechos fundamentales y, segundo, que la regulación establecida en la reforma a la Ley de Extranjería entra en contradicción en varios puntos con los establecido en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España.

MONEREO PÉREZ, J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (II)” en *Relaciones Laborales*, Núm. 7, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Abr. 2008, Año XXIV, pp. 365-387; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. Las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 y 259/2007, como reconstrucción de una doctrina constitucional confusa”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 18, 2008, en [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407166].

Si bien ambas sentencias estimaron los recursos sólo parcialmente, tuvieron la importante consecuencia de declarar la inconstitucionalidad de la regulación establecida en la LO 8/2000 a las disposiciones referentes a los derechos civiles de reunión y de asociación (arts. 1.5 y 1.6)¹⁸⁰ así como de los derechos sociales de sindicación (art. 1.9)¹⁸¹, de huelga (art. 1.9)¹⁸², educación no obligatoria (art. 1.7)¹⁸³ y asistencia jurídica gratuita (art. 1.16)¹⁸⁴. Se supera de algún modo de esta forma la doctrina tripartita en la atribución de los derechos a los extranjeros y se aboga por una regulación adecuada de los derechos sociales fundamentales de la persona como tales y no como derechos de simple configuración legal. Ello no significa que los derechos fundamentales de los extranjeros no puedan tener ciertas condiciones y una modulación especial pero siempre debe respetarse su contenido mínimo. Ese contenido no se estaría respetando a juicio del TC si se niega en forma absoluta el ejercicio de los derechos en cuestión a las personas extranjeras que no tuvieran la situación administrativa de regularidad¹⁸⁵.

En el caso específico de la sentencia 236/2007, destaca el hecho que se declara la inconstitucionalidad de la disposición referente a la libertad sindical en cuanto la Ley de Extranjería relaciona directamente la posibilidad de su ejercicio con la posesión de una autorización administrativa. La limitación impuesta es incompatible con las normas internacionales por remisión al art. 10.2 de la CE que establece que las normas de la CE referentes a derechos fundamentales se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, incorporados a al ordenamiento jurídico de acuerdo al art. 96.1 CE. En esta misma sentencia se

¹⁸⁰ *Cfr.* STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 6º y 7º.

¹⁸¹ *Cfr.* STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 9º.

¹⁸² *Cfr.* STC: 259/2007, de 19 de diciembre, FJ 7º.

¹⁸³ *Cfr.* STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8º y 17º.

¹⁸⁴ *Cfr.* STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 13º y 17º. En el caso del derecho a la asistencia jurídica gratuita cabe recordar que ya había existido un pronunciamiento del TC acerca de la supuesta constitucionalidad de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero) y en esa sentencia se había resuelto declarar inconstitucional la condición de la residencia para su ejercicio por parte de los extranjeros.

¹⁸⁵ *Cfr.* STCS: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 6, 7 y 9; y 259/2007, de 19 de diciembre, FJ 7º.

declara la nulidad de la palabra “*residentes*” en los artículos de la Ley de Extranjería que regulan el derecho a la educación no obligatoria y la asistencia jurídica gratuita pues el TC afirma que tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

Respecto, en cambio, de la sentencia 259/2007, se declara nulo e inconstitucional el inciso “*cuando estén autorizados a trabajar*”. Se señala por el máximo Tribunal que la regulación del derecho de huelga establecida en la Ley de Extranjería es inconstitucional, pues no “*se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el art. 8.1 d) PIDESC ir en contra de lo recogido en la propia Constitución y, de forma derivada, a nivel internacional*”¹⁸⁶.

Ante esta situación, estamos frente a la posibilidad de una nueva regulación legal de los derechos de los extranjeros que debe tener en cuenta como punto central la doctrina de los derechos sociales fundamentales puesta de manifiesto en estos relevantes pronunciamientos jurisprudenciales del TC. Esto debido a que, como lo señalamos en el Capítulo V, en el caso específico de la sentencia 236/2007 el máximo interprete del texto constitucional sentenció que el legislador debe establecer “*dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España*”¹⁸⁷. De esta forma, aunque creemos que el TC podría simplemente haber declarado nulas las disposiciones inconstitucionales, tenemos una muestra de cómo la intervención de la justicia constitucional puede significar importantes avances para los derechos sociales llegando, incluso, a motivar reformas legislativas. El Gobierno de España anunció el 26 de junio de 2009 que el Consejo de Ministros ha aprobado un nuevo proyecto de reforma a la Ley de Extranjería que será enviado al Congreso. En caso de ser aprobada, se trataría de la cuarta reforma a la Ley de Extranjería en los últimos nueve años. El proyecto no

¹⁸⁶ STC: 259/2007, de 19 de diciembre, FJ 7º.

¹⁸⁷ STC: 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17º.

sólo recogería lo planteado en las sentencias del TC sino que, además, buscaría trasponer las nuevas directivas comunitarias en la materia¹⁸⁸.

b) Las discriminaciones por razón de sexo en materia de derechos sociales

Entre las aplicaciones más importantes del principio en cuestión destaca el uso que se ha dado para resguardar los derechos sociales de las mujeres, en particular en el ámbito de las relaciones laborales. Una de las cuestiones en las que el TC debió intervenir reiteradamente fue para declarar inconstitucional el despido de las mujeres que contraían matrimonio. Así, ya en una sentencia de 1983, dicho Tribunal afirmó que *“es evidente que la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por el hecho de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa”*¹⁸⁹. Posteriormente en otros supuestos el TC ha reafirmado la inconstitucionalidad de este tipo de cláusulas¹⁹⁰ que sin duda se sustentaban en una visión de la mujer -y particularmente de la mujer casada- como la encargada de desarrollar las tareas domésticas.

Entre los muchos asuntos relacionados con la discriminación por razón de sexo que el TC ha debido conocer está el de las prácticas discriminatorias respecto de las mujeres embarazadas. El máximo interprete del texto constitucional ha utilizado en estas controversias un criterio garantista y de protección de la maternidad puesto que no sólo ha protegido a las mujeres que se encuentran en

¹⁸⁸ Al parecer la reforma oscilaría entre una parte más garantista y otra restrictiva de los derechos de los inmigrantes pues mientras por un lado se establecería el derecho a sindicación para todos los inmigrantes, se especificaría que los extranjeros mayores de 18 años tienen derecho a la educación y se otorgaría a las extranjeras en situación irregular que denuncien una agresión una autorización provisional de residencia y trabajo, por otro se aumentaría el periodo máximo de internamiento de los inmigrantes irregulares y se incorporarían preceptos que limitarían la reagrupación familiar.

¹⁸⁹ STC: 7/1983, de 14 de febrero, FJ 2°. *Vid.*, en el mismo sentido: SSTC 8/1983 de 18 de febrero; 13/1983, de 23 de febrero; 86/1983, de 26 de octubre; 58/1984, de 9 de mayo.

¹⁹⁰ *Vid.* SSTC: 8/1983 de 18 de febrero; 13/1983, de 23 de febrero; 86/1983, de 26 de octubre; y 58/1984, de 9 de mayo.

estado de embarazo de despidos¹⁹¹ sino también en otras situaciones como las resoluciones unilaterales de trabajadoras que se encuentran en periodo de prueba¹⁹² y los casos de no renovación del contrato de trabajo¹⁹³. Incluso se ha tutelado a las mujeres embarazadas despedidas cuando el empleador no tiene conocimiento de la situación de embarazo¹⁹⁴. Es positiva esta amplia jurisprudencia del TC sobre las discriminaciones relacionadas con el embarazo y la maternidad ya que éstas son consecuencia del prejuicio que indica a las mujeres madres como menos eficientes en su trabajo que los hombres pero sobretodo son representativas, nuevamente, de una mirada sexista y machista de las relaciones familiares¹⁹⁵.

Otra vertiente de la jurisprudencia constitucional que ha permitido la protección de los derechos sociales de las mujeres es la que está relacionada con la discriminación indirecta. Como ha señalado el mismo TC¹⁹⁶ en este caso se trata de la recepción del concepto elaborado en el Derecho comunitario¹⁹⁷. La STC 145/1991 fue la primera que acogió la discriminación indirecta sentando así la doctrina actualmente vigente, conforme a la cual, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento

¹⁹¹ *Vid.* SSTC: 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero y 98/2003, de 2 de junio de 2003.

¹⁹² *Vid.* STC: 166/1988, de 26 de septiembre.

¹⁹³ *Vid.* STC: 173/1994, de 7 de junio.

¹⁹⁴ *Vid.* SSTC: 124/2009, de 18 de mayo; y 92/2008, de 21 de julio.

¹⁹⁵ Sobre el tema de las discriminaciones por razón de sexo así como sobre las acciones positivas dirigidas a favorecer la igualdad entre mujeres y hombres *Vid.* BUSTOS BOTTAL, R., “Hacia la igualdad sustancial: reflexiones a raíz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en FIGUERUELO, A., IBÁÑEZ M. L., MERINO, R. M. (Eds.), *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres*, Granada, Editorial Comares, 2007, pp.71-105.

¹⁹⁶ *Vid.* STC: 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5°.

¹⁹⁷ *Vid.*, a modo ejemplar, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: sentencia de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; sentencia de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; sentencia de 4 de junio de 1992, asunto Bötél y sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez.

formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo¹⁹⁸.

Un caso relevante de discriminación indirecta se produjo cuando se alegó la inconstitucionalidad de una norma legal que establecía que para la determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de seguridad social, incluida la protección por desempleo, se computarían respecto de los trabajadores a jornada parcial las horas efectivamente trabajadas lo que, en los hechos, se traduciría en una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y aquellos con jornada completa.

En este caso, el TC consideró que existía una diferencia de trato injustificada, puesto que se le exigiría a los trabajadores a tiempo parcial tener periodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia, dificultándose su acceso a beneficios de seguridad social. Existiría, en este caso, una medida que no cumpliría con el requisito de la proporcionalidad. La medida resultaba además en la práctica discriminatoria de manera indirecta pues perjudicaba más a las mujeres que a los varones ya que las primeras son las que acceden mayoritariamente al trabajo en tiempo parcial. En este caso se trataba además de una medida que no estaba justificada en ninguna razón objetiva ajena al sexo¹⁹⁹. Este es un caso evidente en el que un derecho social como el derecho a la seguridad social es tutelado a través del principio de igualdad.

3.1.1.- A través del principio de igualdad sustancial. Acciones positivas y discriminación inversa

3.1.1.1.- Consideraciones generales

En la doctrina de derechos humanos se ha producido una transformación en lo referente al principio de igualdad pues, desde su noción meramente formal de

¹⁹⁸ *Vid.* STC: 3/2007, de 15 de enero, FJ 3°.

¹⁹⁹ *Cfr.* SSTC: 253/2004, de 22 de diciembre, FFJJ 6°, 7° y 8°; 50/2005, de 14 de marzo, FJ 3°.

igualdad ante la ley, se ha evolucionado a la generación de un significado más amplio de igualdad sustancial o efectiva, de acuerdo a la cual las personas dejan de ser consideradas como un ente abstracto y pasan a concebirse como “hombres situados” de acuerdo a la afortunada frase de PECES-BARBA²⁰⁰. La noción de igualdad varía, en palabras de DWORKIN, desde el derecho a un “igual tratamiento” al derecho “a ser tratado como un igual”, que justificaría distribuciones desiguales²⁰¹. Si con la igualdad formal se busca poner atajo a las diferencias arbitrarias, en el caso del principio de igualdad sustancial se constata la existencia de desigualdades económicas, sociales, culturales o de otro tipo y se adoptan políticas que, respetando la diversidad, intentan eliminar las diferencias indeseables²⁰². Se trata, en definitiva, de un principio de igualdad que expresa un compromiso igualitario en sentido “fuerte” puesto que requiere de la adopción de medidas concretas encaminadas a su efectiva realización. Por otra parte, como veremos, en la práctica el principio de igualdad sustancial está frecuentemente vinculado al desarrollo de los derechos sociales.

En este contexto, es necesario revisar cuando existe una desigualdad de hecho que permite –o exige– un tratamiento diferenciado. En conformidad a la teoría de ALEXY, se le atribuye a la desigualdad de hecho el carácter de principio de manera que el “principio de la igualdad de hecho” justificará la diferenciación en la medida que desplace a otros principios que puedan estar en juego como el principio de la igualdad de *iure* o principio formal de la libertad de configuración del legislador democráticamente legitimado²⁰³.

²⁰⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y concepto”, en *Derechos y Libertades*, Año III, Núm. 6, febrero 1998, p.33.

²⁰¹ *Vid.*, al respecto, DWORKIN, R., *op. cit.*, p.332.

²⁰² Nos parece acertado lo señalado sobre este concepto por GARCÍA HERRERA: “la igualdad sustancial es el precipitado en el que convergen el reconocimiento de derechos y sus condiciones materiales de realización libre y efectiva, la atribución de titularidades jurídicas y su efectiva plenitud, la convivencia entre derechos económicos y derechos sociales, de libertades y redistribución, de autonomía privada y solidaridad, tanto pública como privada”. GARCÍA HERRERA, M., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, p.282.

²⁰³ *Cfr.* ALEXY, R., *op. cit.*, pp.395-414.

En el caso de PECES BARBA se prefiere, en cambio, utilizar el concepto de “relevancia” para indicar las razones que pueden justificar un trato diferenciado²⁰⁴. La determinación de esa relevancia no sería fácil desde una perspectiva teórica debido a que “no estamos ante relaciones de hecho sino ante valoraciones que deben hacerse para fijar el ámbito de los contenidos normativos y las consecuencias jurídicas”²⁰⁵.

Para hacer frente a estas desigualdades de hecho ya no es suficiente aplicar el principio de igualdad formal sino que hay que dar un paso que va más allá, que implica establecer un trato más diferente y más favorable para algunos grupos o sectores con el fin de igualar verdaderamente. Así en las legislaciones de múltiples países se han formulado acciones positivas que no son otra cosa que diferenciaciones a favor de la igualdad. Se han establecido en las últimas décadas como derechos preferentes para colectivos desaventajados, destacando especialmente las medidas adoptadas en el Derecho estadounidense a favor de las minorías raciales y en el ámbito comunitario en beneficio de la igualdad de género.

Pero, ¿cuál es el fundamento de las acciones positivas? Generalmente se pueden agrupar en dos clases de argumentos: algunos de carácter deontológico que ven las acciones positivas como medidas compensatorias de las injusticias y desigualdades que han sufrido históricamente determinados colectivos; y otros de tipo teleológico que consisten básicamente en fundamentar esta clase de políticas en la búsqueda de la integración social, sea por motivos de utilidad social o por el ideal de caminar hacia sociedades más solidarias²⁰⁶. En nuestro caso, compartimos mayormente la fundamentación teleológica ya que el fin, creemos, debe ser la

²⁰⁴ *Cfr.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp.285-287.

²⁰⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp.285-287.

²⁰⁶ Acerca de los argumentos en favor de las acciones positivas y de la discriminación inversa, *Vid.* RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, A. (Comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp.82-83.

consecución de la igualdad efectiva o sustancial en el contexto de una sociedad democrática.

Dentro de las acciones positivas encontramos la discriminación inversa. Ésta consiste en una clase de acción positiva que por sus características especiales ha sido objeto de mayores polémicas que las suscitadas por el resto de las acciones positivas. Las discriminaciones inversas tienen su origen fundamentalmente en las *Reverse Discriminations* del Derecho estadounidense²⁰⁷ en la época del Tribunal Warren (1953-1969)²⁰⁸. En dicho periodo se postula que el Gobierno tiene un deber positivo para eliminar las desigualdades y proporcionar un *identificable quantum* de oportunidad real de ejercer las libertades fundamentales.

Las primeras de estas medidas de discriminación inversa fueron adoptadas en la década de los setenta cuando se llevaron a cabo algunas de estas políticas a favor de las mujeres y, en mayor medida, de las personas de raza negra. Las medidas buscaban fundamentalmente favorecer a estos colectivos en el ámbito laboral y en la admisión en algunas universidades y, por tanto, estaban relacionadas con derechos sociales como el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Las discriminaciones inversas consistían en una reserva de plazas a través de políticas de cuotas, en la exención de cumplir determinados requisitos o en la atribución de un puntaje mayor para los candidatos de esos colectivos. El primer caso que debió enfrentar la Corte Suprema de Estados Unidos fue el *caso Bakke*²⁰⁹, suscitado a raíz de la reclamación de una persona de raza blanca excluida de los procedimientos de acceso a la Facultad de Medicina de Universidad de California debido a la existencia una cuota reservada de un 16% de los puestos disponibles en favor de minorías

²⁰⁷ Aunque, como señala RUIZ MIGUEL, esto es en el marco del derecho occidental porque existen antecedentes de la utilización de la discriminación inversa en India para luchar contra la división en castas. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, AMELIA (Comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, p.77.

²⁰⁸ Como es sabido, es usual denominar al Tribunal Supremo de Estados Unidos por el nombre de su presidente, en este caso Earl Warren. Sobre la importancia de la política igualitarista del Tribunal Warren Vid. COX, A., *The Warren Court. Constitutional decision as instrument of reform*, Cambridge, Mass., 1971.

²⁰⁹ Cfr. *Regent of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

desfavorecidas. En la sentencia de la Corte se terminó invalidando esta forma de selección diferenciada en una decisión que contó con una mayoría de sólo 5 votos contra cuatro. No obstante, una mayoría de la Corte se expresó en esa oportunidad a favor de las acciones positivas y, cumpliendo ciertos requisitos, también de las medidas de discriminación inversa. Se abriría desde ese momento una larga jurisprudencia en los tribunales norteamericanos sobre estas cuestiones²¹⁰.

En cuanto, en cambio, a las acciones positivas en beneficio de la igualdad entre mujeres y hombres cabe destacar el papel relevante de diversos órganos de la Unión Europea. La primera normativa sobre esta materia está constituida por la Directiva 76/207 que, en su art. 2, apartado 4, contenía una referencia indirecta a esta clase de medidas. En 1984 cuando ese mandato fue precisado a través de la Recomendación del Consejo 84/635 de 13 de diciembre, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer. Pero un importante impulso se dio solo con el Tratado de Ámsterdam de 1997 que agregó un cuarto apartado en el art. 119.4 del siguiente tenor: *“Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”*.

En la jurisprudencia del TJUE sobre acciones positivas, la Sentencia Kalanke de 1995 constituye el primer pronunciamiento de importancia respecto de su legitimidad. En ese caso, el señor Kalanke cuestionó la constitucionalidad de unas normas de la Ley del Land de Bremen que establecía que en los supuestos en que hombres y mujeres estén igualmente capacitados para ocupar puestos de funcionarios públicos debían preferirse las personas del género menos representado. Se trataba sin embargo de una normativa que parecía conforme a la Directiva 76/207 de la UE y, en especial, de su art. 4.2, que establece que *“la Directiva no*

²¹⁰ Sobre ese recorrido jurisprudencial *Vid.* la extensa revisión en que realiza importantes referencias bibliográficas de D'ALOIA, A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, CEDAM, 2002, pp.127-219.

obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”. Ante esta situación, el Tribunal Federal Superior del Trabajo planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE para que se verificara la compatibilidad de la Ley del Land de Bremen con la Directiva 76/207. El Tribunal de Justicia señaló al respecto que la Ley en cuestión implicaba una discriminación por razón de sexo, afirmando que “una normativa como la examinada que garantiza una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el art. 4.2”²¹¹.

Sin embargo, no mucho tiempo después el criterio del TJUE sobre la discriminación inversa se mostró más flexible. En otro caso, también ocurrido en Alemania, un profesor cuestionó el art. 25.5 de la Ley de Función Pública del Land de Nordrhein-Westfalia por establecer nuevamente que, en caso de infrarrepresentación de las mujeres, en igualdad de aptitudes se les concedía preferencia a estas últimas. El Tribunal de Justicia consideró que en este supuesto no existía vulneración del principio de igualdad porque se establecía en la misma normativa una cláusula de apertura por la cual aún en caso de existencia de menor número de mujeres podían concurrir “en la persona del candidato motivos que inclinen la balanza a su favor”. El TJUE entendió en este supuesto jurisprudencial que el precepto cuestionado perseguía la igualdad de oportunidades y estaba conforme a la Directiva 76/207²¹².

²¹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen (cuestión prejudicial), 450/93, de fecha 17 de octubre de 1995, párr. 22.

²¹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Hellmut Marshall contra Land Nordrhein-Westfalen, 409/95, de fecha 11 de noviembre de 1997, párr. 33-35.

Con ambas sentencias y con otras posteriores sobre estas cuestiones²¹³, se puede concluir que de acuerdo al Tribunal de Justicia las medidas de acción positiva pueden ser legítimas cuando:

- no conceden de manera automática la preferencia a las mujeres en caso de igual capacidad, y
- cuando la evaluación sobre las candidaturas a puestos de trabajo es realizada de manera objetiva analizando todas las circunstancias de los postulantes.

Lo relevante entonces para el Tribunal de Luxemburgo pareciera ser la existencia de una cláusula de apertura que permita flexibilidad a los empleadores y no otorgue de manera “automática e incondicional” un puesto de trabajo a las personas pertenecientes al grupo beneficiado por la política de cuotas²¹⁴. Es interesante también como, en los mencionados casos, se generó un debate entre los tribunales federales y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo “saltándose” a la Corte Constitucional alemana²¹⁵.

Por otra parte, la principal diferencia entre las acciones positivas normales y las discriminaciones inversas, es que éstas últimas se producen en un contexto de especial escasez que lleva a que, como contrapartida de la medida favorable para algunos, se produzca un perjuicio para otros. Esto ha llevado a que en el Derecho comparado se tenga especial cuidado con esta clase de acciones positivas más

²¹³ *Vid.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Georg Badeck y otros, con intervención de: Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, 158/97, de fecha 28 de marzo de 2000; Sentencia Katarina Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist, 407/98, de fecha 6 de julio de 2000; Sentencia Julia Schnorbus contra Land Hessen, 79/99, de fecha 7 de diciembre de 2000; Sentencia Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, 476/99, de fecha 19 de marzo de 2002.

²¹⁴ Para un análisis acerca de todas estas sentencias del TJUE sobre acciones positivas y discriminación inversa *Vid.* ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, 620 pp.

²¹⁵ NINATTI, S., “Novità in tema di disparità di trattamento: azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario”, en *Quaderni Costituzionali*, Núm. 2, 2000, p.467.

extremas, exigiéndose que sean de carácter excepcional y que cumplan con criterios de flexibilidad y objetividad. Además, respecto de las acciones positivas en general se ha afirmado que deben establecerse como disposiciones transitorias: hasta que se alcance la igualdad efectiva o material. En el caso de la discriminación inversa este requisito de temporalidad de la política de igualdad se exige con aun más rigurosidad²¹⁶.

No obstante, no hay consenso acerca de la legitimidad de las acciones positivas y de la discriminación inversa²¹⁷. Se las critica, por ejemplo, por su vulneración del principio de igualdad formal. Se ha sostenido por mucho tiempo que entre la igualdad sustancial –principio del que derivan las acciones positivas- y la igualdad formal existe una tensión casi sin solución. En efecto, no podemos desconocer que las acciones positivas y, en especial, las medidas de discriminación inversa, producen una afectación a la igualdad formal concebida como la igualdad abstracta del Estado liberal de Derecho. Con la fórmula del Estado social esta confrontación deja de existir porque se busca un equilibrio entre los aspectos formales y sustanciales de la igualdad²¹⁸. Ambos aspectos son igualmente relevantes y deben ser respetados. Para ello, lo importante es que la justificación de las acciones positivas sea razonable y proporcional, y el objetivo de alcanzar la igualdad material o de hecho es un

²¹⁶ El art. 4 de la CEDAW al establecer que las medidas de discriminación inversa deben ser de carácter temporal y permanecer vigentes hasta que se alcance la igualdad real. Así, dicha disposición dispone que *“la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad «de facto» entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”* (las negritas son nuestras).

²¹⁷ Para revisar las posiciones contrarias a las acciones positivas y de la discriminación inversa, *Vid.* nuevamente RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, A. (Comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp.83-90.

²¹⁸ Según otros autores como RUBIO LLORENTE el problema que entrañan las acciones positivas no es tanto la existencia de una tensión entre la igualdad formal y la igualdad sustancial, sino el hecho que ese tipo de medidas suelen formular discriminaciones precisamente en los ámbitos prohibidos por la Constitución por constituir “categorías sospechosas” de discriminación. No estamos de acuerdo. Las denominadas “categorías sospechosas” fueron establecidas para evitar discriminaciones a colectivos tradicionalmente desaventajados, por lo cual no genera contradicciones el hecho de que se adopten medidas en su favor. *Cfr.* RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, p.35.

argumento más que aceptable y conforme a valores consagrados constitucionalmente.

3.1.1.2.- El caso español

El TC ha recogido el principio de igualdad sustancial señalando que están permitidas las diferenciaciones con miras a lograr mayores niveles de igualdad material en conformidad a lo establecido en el art. 9.2 CE. Las diferencias fácticas pueden justificar tratamientos diferentes y de esta manera la jurisprudencia del TC ha defendido que la precariedad socio-económica puede constituir un elemento justificador de las desigualdades normativas. En la sentencia 90/1989 el TC declaró que eran justificables las diferencias en materia de subsidios por desempleo a favor de los trabajadores de algunas Comunidades Autónomas respecto de otras. El TC justifica la diferenciación en un elemento objetivo como el nivel de desempleo y en el elemento de razonabilidad basado en la mayor pobreza relativa de algunas CCAA y en las limitaciones de recursos disponibles²¹⁹.

En materia específicamente de seguridad social la justificación de las diferencias normativas en base a desigualdades de hecho se ha realizado a través de un razonamiento del TC que sigue dos etapas:

- en la primera, se deben analizar los siguientes elementos: a) situación de necesidad de los diversos grupos sociales; b) conexión con las circunstancias económicas; y c) las disponibilidades del momento²²⁰.
- en la segunda, se examina la constitucionalidad de la diferenciación introducida, revisando si se fundamenta en algún principio o derecho constitucional²²¹.

En cuanto a las acciones positivas como vía para profundizar la igualdad sustancial, su fundamento constitucional en el ordenamiento jurídico español se

²¹⁹ Cfr. SSTC: 90/1989, de 11 de mayo, FJ 4º; 25/1989, de 3 de febrero, FJ 3º.

²²⁰ Cfr. STC: 186/2004, de 2 de noviembre, FJ 3º.

²²¹ Cfr. STC: 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º.

encuentra el art. 9.2 de la CE. Se trata claramente de un mandato hacia los poderes públicos para que adopten políticas dirigidas a lograr la igualdad efectiva o real²²². Sin embargo, en relación a este precepto surge el problema de que no existe unanimidad sobre qué debe entenderse por el mandato de “*remover*” los obstáculos que impiden la igualdad material. Así, podría concebirse como la necesidad de establecer políticas de mediano o largo plazo para modificar situaciones de hecho injustas o podría tener un “sentido más fuerte”²²³.

El TC español se ha pronunciado acerca de la legitimidad de las acciones positivas al manifestar que la intervención en favor de ciertos colectivos “*puede incluso venir exigida, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva*”²²⁴. En el caso específico de la desigualdades entre mujeres y hombres, el TC ha afirmado reiteradamente la necesidad de establecer un “*derecho desigual igualatorio*”²²⁵, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer. En la práctica ello se ha producido especialmente en

²²² Así, por ejemplo, en el marco de las desigualdades de género se ha señalado la necesidad de que existan en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico los denominados “presupuestos de género” con la finalidad de que las políticas de igualdad de género cuenten con adecuadas dotaciones presupuestarias para hacerlas efectivas. Sobre el tema, *Vid.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Presupuesto e igualdad de mujeres y hombres”, en FREIXES SANJUÁN, T. y SEVILLA MERINO, J. (Coords.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2005, pp.635-640.

²²³ Esta discusión se ha dado especialmente en la doctrina y jurisprudencia italianas respecto del art. 3.2 del texto constitucional de ese país, que fue el que inspiró el mencionado art. 9.2 de la Constitución española. Sobre este debate *Vid.* D’ALLOIA, A., *op. cit.*, especialmente pp.278 y ss.

²²⁴ STC: 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3º.

²²⁵ STC: 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2º. Poco después en la sentencia 2/1993, de 14 de enero, el TC expresó que “*La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer*” (FJ 3º).

materias vinculadas a derechos laborales y, sobretudo, en asuntos relacionados con prestaciones de seguridad social²²⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las acciones positivas por razón de sexo distingue las acciones positivas falsamente protectoras de la mujer y las que han sido aprobadas como acciones positivas legítimas²²⁷. En ambos casos frecuentemente han estado envueltas cuestiones ligadas a la realización de derechos sociales constitucionales.

Entre las sentencias del TC que han declarado la existencia de una acción positiva falsamente protectora de la mujer, podemos mencionar un caso que se encuentra en el ámbito de la seguridad social, una sentencia con importante efectos prácticos fue la N° 142/1990, de 20 de septiembre. El asunto surgió como consecuencia de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad elevada por parte de la Magistratura de Trabajo núm. 2, de Málaga, en relación con el art. 3 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, por entender que dicho precepto podría ser contrario al art. 14 de la Constitución Española. El proceso que se desarrollaba ante la Magistratura de Trabajo había surgido ante la demanda de un viudo que reclamaba por la denegación de su derecho a percibir la prestación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) que recibía su esposa. A su juicio, el Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955 debía tener aplicación tanto para las viudas como para los viudos, pues de lo contrario se producía discriminación y se lesionaba el derecho de igualdad protegido en el art. 14 de la CE. El TC concluyó que la

²²⁶ En particular, acerca de la existencia de regulaciones diferenciadas entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se ha afirmado con razón que éstas se han debido, entre otros motivos, a la posición de desventaja de las mujeres en el mercado del trabajo. *Vid.*, al respecto, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Perspectiva de género en las prestaciones de la Seguridad Social y la ayuda social”, en FREIXES SANJUÁN, T. y SEVILLA MERINO, J. (Coords.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2005, pp.725-728.

²²⁷ Se puede revisar en extenso dicha jurisprudencia en BUSTOS, BOTTAI, R., “Hacia la igualdad sustancial: reflexiones a raíz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en FIGUERUELO, A., IBÁÑEZ M. L., MERINO, R. M. (Eds.), *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres*, Granada, Editorial Comares, 2007, pp.71-105; y en REY MARTÍNEZ, F., “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp.25-107.

exclusión de los viudos de la posibilidad de acceso a la prestación SOVI -sólo reconocida a las viudas-, como diferenciación basada en el sexo, suponía un atentado al principio de igualdad en la Ley lo que implicaba que la norma preconstitucional en cuestión debiera haberse entendido carente de validez desde la entrada en vigor de la Constitución²²⁸.

En cuanto a este pronunciamiento recordemos lo ya señalado respecto a la importancia que este tipo de sentencias aditivas tienen desde la perspectiva del “costo de los derechos” y de la libertad de configuración del legislador. Podemos ver que, como ocurre con el caso italiano las sentencias aditivas se dictan en su mayoría para hacer frente a vulneraciones del principio de igualdad, tanto en su versión de igualdad ante la ley como respecto de la noción de igualdad sustancial.

Respecto de los casos que han declarado la existencia de una acción positiva legítima, destaca la sentencia 128/1987, de 16 de julio, que constituye un verdadero hito en la jurisprudencia constitucional española sobre acciones positivas²²⁹. En este caso la controversia tiene relación con derechos sociales en el ámbito de las relaciones laborales y se originó cuando un trabajador cuestionó el hecho de que su empleador, el Instituto Nacional de Salud (INSALUD), reconociera un complemento retributivo de 4.000 pesetas mensuales en concepto de guardería a todas las mujeres que se encontraban trabajando al servicio del centro hospitalario y tuviesen hijos menores de seis años. A los varones, en cambio, solo se les otorgaba el beneficio si se encontraban en estado civil de viudedad. El trabajador demandó a su empleador por vulneración del art. 14 de la Constitución ya que, en un caso –el de las mujeres-, se concedía un beneficio siempre y cuando tuviesen hijos menores de seis años, mientras en otro –el de los varones-, se otorgaba sólo cuando se tenía un determinado estado civil. El Tribunal Constitucional debía entonces pronunciarse sobre la legitimidad de esta diferenciación y, después de formular

²²⁸ *Cfr.* STC: 142/1990, de 20 de septiembre, FJ 4º.

²²⁹ Como señala REY MARTÍNEZ, “esta sentencia marca un antes y un después” en la jurisprudencia constitucional española sobre acciones positivas. REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p.71.

algunas consideraciones sobre el principio de igualdad, señaló que “*las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes*”²³⁰. Con base en esa argumentación el TC desestimó el recurso de amparo presentado.

La sentencia 128/1987 está supuestamente inspirada en el objetivo de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las madres. Sin embargo, a nuestro juicio, la decisión del TC reafirma roles tradicionales: las madres cuidan a los hijos y los padres deben estar dedicados al trabajo extradoméstico. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que “*aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer ... Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultando de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos*” y, por tanto, “*no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños*”²³¹. Con esta argumentación el TC, al mismo tiempo que rechaza una división sexista de los roles en el ámbito de la familia, asume la “tradición cultural existente” que lleva en la práctica a que la mujer deba preferentemente cumplir con los deberes familiares. A nuestro parecer, la mejor solución habría sido que la sentencia se hubiera pronunciado conforme a la constitución y a sus valores superiores –en este caso particularmente la igualdad- y no a unas tradiciones que han

²³⁰ STC: 128/1987, de 16 de julio, FJ 8°.

²³¹ STC: 128/1987, de 16 de julio, FJ 10°. Resultan muy gráficos los argumentos del representante de INSALUD que, en el mismo caso, sostuvo que “*no cabe hablar al respecto de discriminación por razón de sexo, puesto que la ayuda se concede a varones y mujeres, con la única excepción de los casados, cuyas esposas pueden atender a los hijos pequeños, circunstancia que no concurre en los anteriores beneficiarios de la ayuda*”. *Ibid.*, Antecedentes, párr. 5.

desarrollados estereotipos que deberían ser desterrados de cualquier Estado democrático.

Otra sentencia que ha señalado la existencia de acciones positivas por razón de sexo constitucionalmente legítimas por razón está nuevamente vinculadas al goce de derechos en el orden laboral es la STC 109/1993, de 25 de marzo, -reiterada por la STC 187/1993-, originada en la cuestión de constitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa, respecto del art. 37.4 de la Ley 8/80, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Dicho precepto establecía que el derecho a tener una franja horaria durante la jornada laboral para dar lactancia, sea natural o artificial, era sólo para las madres. El caso en cuestión se suscitó precisamente por el reclamo de un trabajador que impugnaba esa norma por no reconocérsele como derecho laboral el beneficio horario para dar lactancia artificial a su hija. La misma presentación de la cuestión de constitucionalidad en 1998 contribuyó a impulsar un cambio legal que se plasmó en la Ley 3/1989, de 3 de marzo que amplió el permiso por maternidad y estableció medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. La reforma legal modificó el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en su inciso final en los siguientes términos: “*este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen*”. En este contexto, la sentencia del TC del año 1993 perdió relevancia práctica. Esto es importante pues este caso ejemplifica lo señalado anteriormente: la deliberación por parte de la justicia constitucional de cuestiones referente a derechos sociales puede ser relevante, entre otros motivos, porque puede derivar en debates que finalmente se traduzcan en reformas legislativas²³².

No obstante ello, el TC afirmó que aunque la antigua redacción de la norma podía derivar, en opinión del propio TC, a una consolidación de la división sexista

²³² La actual disposición adicional décimo primera, punto cinco, de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres de 2007 establece que el permiso de ausentarse por una hora por lactancia de un hijo –divisible en dos fracciones– “*podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajaren*”.

de roles en las responsabilidades familiares²³³, el precepto cuestionado no era discriminatorio. La decisión se fundamentó especialmente en la realidad biológica y en la necesidad de adoptar medidas a favor de un colectivo desaventajado como lo son las personas de sexo femenino en el ámbito laboral²³⁴. Nuevamente discrepamos del razonamiento del TC pues creemos que la conciliación entre la vida laboral y familiar debe concebirse no solo con la finalidad de facilitar a la mujer la compatibilización entre su trabajo extradoméstico con sus deberes familiares sino como un principio aplicable tanto a la madre como al padre: ambos pueden trabajar fuera del hogar familiar y ambos deben cumplir con los deberes domésticos, especialmente el cuidado de los hijos.

Acerca de la jurisprudencia constitucional española relativa a la discriminación inversa, cabe señalar que por mucho tiempo la legislación española sólo contemplaba este tipo de medidas respecto de las personas minusválidas. La sentencia del TC N° 269/1994, de 3 de octubre se refiere precisamente a la existencia de discriminación inversa respecto a personas discapacitadas y se originó cuando una mujer interpuso un recurso de amparo en contra de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993 que confirmó la Resolución de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno Autónomo de Canarias, de 25 de junio de 1990, de nombramiento de funcionarios del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Comunidad Autónoma. La demandante cuestionaba la reserva de plazas para personas con un grado de minusvalía de 33 a 100 por ciento que, en su caso, no le había permitido acceder a la plaza ofertada.

El TC desestimó el recurso de amparo y sostuvo que las medidas destinadas a promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, no sólo no son contrarias a la igualdad, sino que la hacen posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho consagrado en el art. 23.2 CE a “*acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos*”

²³³ STC: 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5°.

²³⁴ STC: 109/1993, de 25 de marzo, FFJJ 4° y 6°.

públicos, con los requisitos que señalen las leyes” ya que siempre podían optar a las plazas no reservadas. Además, como bien señaló el Tribunal, los sujetos favorecidos con la reserva quedan igualmente obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (art. 103.1 CE)²³⁵.

Un hito trascendente en la legislación española sobre acciones positivas y discriminación inversa está constituido por la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOIMH)²³⁶. Su objetivo principal es el de perseguir la igualdad efectiva a través de una política integral que abarca los más diversos ámbitos de la vida social. La transversalidad que tiene la proyección del principio de igualdad en esta nueva normativa tiene un efecto en las distintas áreas del Derecho ya que se traduce en modificaciones en más de veinte leyes. La LOIMH representa una verdadera visión de conjunto, una política global en materia de igualdad de género. Como se señala en el preámbulo, “*nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres*”.

En la LOIMH se estructura un verdadero marco general para las acciones positivas, que vienen definidas como “*medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*”²³⁷. Se dirige un mandato a los poderes públicos para remover las situaciones de desigualdad fáctica a través de una política integral dirigida a acercarnos a la igualdad sustancial o material en todas las esferas de la vida social. En esta sede nos corresponde resaltar la incidencia de dicha ley como en la esfera de los derechos económicos, sociales y

²³⁵ Cfr. STC: 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4º y 5º.

²³⁶ Cfr. BUSTOS BOTTAL, R., “Hacia la igualdad sustancial: reflexiones a raíz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en FIGUERUELO, A., IBÁÑEZ M. L., MERINO, R. M. (Eds.), *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres*, Granada, Editorial Comares, 2007, pp.71.

²³⁷ Cfr. Art. 11 de la LOIMH.

culturales reconocidos constitucionalmente. Respecto a ello debe subrayarse que la LOIMH regula de manera especial políticas de igualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales por ser estos uno de los sectores donde tradicionalmente las mujeres más han sufrido discriminaciones.

Acerca de la discriminación inversa, una de las cuestiones más polémicas de la LOIMH es justamente la consagración del principio de paridad entre mujeres y hombres a través de un sistema de cuotas. En la LOIMH este principio viene denominado como “*presencia o composición equilibrada*” y se traduce para la mayoría de los puestos de poder en la exigencia de que las personas de un sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento²³⁸. Al respecto algunos han sostenido que con la aplicación de esta normativa en el ámbito de la participación política se limita el derecho de los partidos a presentar sus listas sin restricciones, afectando así el derecho al sufragio pasivo y el de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad²³⁹. En nuestro caso, estamos convencidos que está exigencia, al perseguir que todas y todos participemos en la actividad política con una justa representación, constituye, en lo fundamental, una medida que fortalece el sistema democrático.

El TC tuvo la posibilidad de pronunciarse acerca de la legitimidad de las medidas de discriminación inversa dispuestas en la LOIMH, en la sentencia 12/2008, de 29 de enero. No analizaremos en extenso dicha sentencia pues en este caso se cuestionó en particular por los recurrentes la legitimidad constitucionalidad de las normas que exigen la “*presencia equilibrada*” en las listas electorales y por tanto tiene más relación con derechos de participación política que con derechos sociales (aunque, como hemos señalado, creemos que todos los derechos

²³⁸ *Cfr.* Disposición adicional primera de la LOIMH.

²³⁹ Esta es la posición que se advierte, por ejemplo, en la argumentación del voto particular del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2007.

fundamentales son indivisibles y están relacionados)²⁴⁰. Sólo queremos mencionar que el TC sentenció que la norma impugnada es constitucional porque persigue la igualdad efectiva en el ámbito de la participación política²⁴¹. Creemos que esa doctrina del TC es aplicable no sólo a las medidas de discriminación inversa vinculadas con derechos políticos o de ciudadanía sino también con derechos económicos, sociales y culturales.

3.2.- La realización de los derechos sociales constitucionales a través de las normas del debido proceso y la tutela judicial efectiva

3.2.1.- Consideraciones generales

El debido proceso y la tutela judicial efectiva son consideradas garantías procesales genéricas y ocupan un rol central en la protección de los derechos humanos puesto que de su respeto depende la posibilidad de hacer valer los derechos sustanciales en juicio.

En los sistemas regionales de derechos humanos existe una abundante jurisprudencia que ha tutelado los derechos sociales por medio de garantías judiciales como, entre otros, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita. De esta manera se han desarrollado estándares que relacionan las garantías vinculadas al acceso a la justicia con la protección judicial de los derechos sociales²⁴².

²⁴⁰ Para un análisis de la sentencia *Vid.* FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Representación política y democracia paritaria (a propósito de la sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 12, 2º semestre de 2008, pp.211-233.

²⁴¹ *Cfr.* STC: 12/2008, de 12 de enero, FJ 7º.

²⁴² En el sistema interamericano de derechos humanos se elaboró recientemente un interesante informe que busca sistematizar dichos estándares y la jurisprudencia más relevante desarrollada tanto en el mismo sistema americano como en el sistema europeo. *Cfr.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

En la esfera del sistema europeo destaca la regulación de estos derechos por parte de la CEDH en el art. 6 bajo la denominación de “derecho a un juicio equitativo”²⁴³ pues ha dado lugar a una abundante jurisprudencia del TEDH. El art. 6 de la CEDH no sólo es el precepto más invocado ante el TEDH, sino que es el que ocasiona más condenas a los Estados partes²⁴⁴.

Respecto de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales el citado art. 6 asume relevancia porque muchos de esos derechos pueden ser invocados ante los tribunales internos de cada Estado -sea en forma directa o indirecta- y producirse en esos procesos judiciales vulneraciones a garantías procedimentales como, por ejemplo, el derecho a la duración razonable de un juicio y el derecho de acceso a un tribunal o el derecho al juez legalmente predeterminado. En seguida mencionaremos algunos de los diversos casos presentados ante el TEDH.

Una de las vías principales para obtener el reconocimiento de derechos sociales a través del art. 6.1 de la CEDH ha sido la alegación del derecho a un juicio en “plazo razonable”. Cabe decir que el TEDH ha expresado reiteradamente que la lentitud excesiva de la justicia representa un grave peligro para el Estado de Derecho²⁴⁵ y su jurisprudencia ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional español para la adecuada interpretación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 de la CE²⁴⁶.

²⁴³ Al relacionar esa disposición con el art. 24 de la CE, PASTOR RIDRUEJO señala que “se trata básicamente del mismo derecho, más desarrollado y detallado sin embargo en la Convención Europea”. PASTOR RIDRUEJO, J., “La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, en MARINO MENÉNDEZ, F. (Ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p.521.

²⁴⁴ *Cfr.* PASTOR RIDRUEJO, J., *op. cit.*, p.521.

²⁴⁵ *Vid.*, por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia A. P. contra Italia, de 28 de julio de 1999, párr. 18; Sentencia Katte Klitsche de la Grange contra Italia, de 27 de octubre de 1994, párr. 38.

²⁴⁶ *Vid.* SSTC: 5/1985, de 23 de enero, FJ 5º; 133/1988, de 4 de julio, FJ 1º; 85/1990, de 5 de mayo, FJ 2º; y 69/1994, de 28 de febrero, FJ 2º.

Quizás entre los casos más emblemáticos debemos mencionar el asunto *Deumeland contra Alemania*, en el cual el demandante continuó como heredero un trámite iniciado por su madre para la percepción de una pensión complementaria de viudedad porque consideraba que su marido había muerto en accidente de trabajo. La alegación principal del demandante era que se había vulnerado el derecho a un juicio en “tiempo razonable” del art. 6.1 de la CEDH porque el proceso había durado cerca de once años. El TEDH entendió que el término “derecho y obligaciones de carácter civil” no se refiere sólo a los tradicionales derechos del ámbito privado por lo cual en este caso podía invocarse de manera indirecta el derecho a la seguridad social. Finalmente el Tribunal consideró que el Estado alemán había violado el derecho a un juicio en un plazo razonable establecido en la Convención²⁴⁷.

Con posterioridad a la sentencia del *caso Deumeland*, el TEDH se ha vuelto a pronunciar sobre la violación del art. 6.1 en relación al derecho a la seguridad social. Destaca de manera especial el *caso Schuler-Zraggen contra Suiza*. En este asunto el Tribunal afirmó de manera explícita que “*el artículo 6.1. se aplica al campo de la seguridad social, incluyendo aun la asistencia social*”²⁴⁸.

El derecho a la seguridad social ha vuelto a ser defendido ante el TEDH por medio del art. 6.1 pero no sólo basándose en la violación del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. En el *asunto Antonakopoulos, Vortsela y Antonakopoulou contra Grecia* los demandantes cuestionaron la negativa de la Administración a ejecutar una sentencia que les reconoce como herederos del beneficiario respecto del derecho a la percepción de la revalorización complementaria de una pensión. El TEDH volvió a rechazar el argumento de que los derechos alegados en el juicio no estaban dentro del ámbito civil y no podían por tanto ser protegidos por la CEDH. Concluyó,

²⁴⁷ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Dumeland contra Alemania, de 29 de mayo de 1986, párr. 60-74 y 90-98.

²⁴⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Schuler-Zraggen contra Suiza, de 24 de junio de 1993, párr. 46. En un sentido similar se pronunció el TEDH en el caso Salesi contra Italia, de 26 de febrero de 1993.

además, que efectivamente existía una injerencia indebida de la Administración y del Poder Legislativo que impedía la ejecución de la sentencia, violando el derecho a un juicio justo²⁴⁹. Esta sentencia y otras posteriores en las que se utilizaron los mismos argumentos jurídicos han tenido importantes consecuencias para el ejercicio del derecho a la seguridad social²⁵⁰.

En el contexto de la justicia constitucional comparada uno de los casos más emblemático de conexión entre la tutela judicial efectiva y los derechos sociales es el caso *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation* del año 1985²⁵¹. En ese supuesto jurisprudencial la Corte Suprema de la India tuvo ocasión de dar cierto grado de protección al derecho a la vivienda a través del derecho al debido proceso.

El caso en cuestión trató de un grupo importante de personas que eran antiguos habitantes rurales y que habitaban en las calles de la Ciudad de Bombay en instalaciones precarias que habían ido construyendo con el correr del tiempo. La Municipalidad de Bombay, con apoyo en un estatuto de 1888, comenzó en 1981 un proceso de desalojos precedidos de anuncios en los periódicos informando que se llevarían a cabo dichos desalojos forzosos y se demolerían las viviendas precarias. La medida implicaba también reinstalar a los desalojados en sus zonas rurales de origen.

Los demandantes no alegaron el derecho a la vivienda pues no está consagrado en la Constitución de la India y alegaron el derecho a la vida previsto en el art. 21 de la Constitución de la India, pues el desalojo afectaría sus condiciones mínimas de subsistencia. La Corte Suprema de India conectó el derecho a la vida con los derechos sociales al trabajo y a la vivienda, para después vincularlos en el caso concreto con el debido proceso señalando que, de acuerdo al art. 21 del texto constitucional de India, sólo se puede afectar el derecho a la vida a través de los

²⁴⁹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Antonakopoulos, Vortsela y Antonakopoulou contra Grecia, de 14 de diciembre de 1999, párr. 21 y 25-27

²⁵⁰ *Vid.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Georgiadis contra Grecia, de 28 de marzo de 2000 y Sentencia Vasilopoulou contra Grecia, de 21 de marzo de 2002.

²⁵¹ *Cfr.* Corte Suprema, India: *Olga Tellis y otros contra Bombay Municipal Corporation y otros*, de 10 de julio de 1985.

procedimientos establecidos por ley para tal fin y que no se había realizado una audiencia con las personas afectadas²⁵².

La Corte ordenó una resolución que no excluya la posibilidad del desalojo pero exigía para que se lleve a cabo el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones como: a) que los desalojos no podrían proceder sino hasta después de un mes de finalizada la temporada de monzones; b) que el Estado otorgaría residencia temporal; c) para las personas que habitaran en casas con mejoras y más de 20 años de residencia, se debería establecer un proceso de expropiación mediando interés público, indemnización y re-localización; y d) se debía priorizar la reubicación de las personas. Lamentablemente en este caso no se reconoció el derecho a una vivienda alternativa como ha ocurrido con la jurisprudencia constitucional sudafricana²⁵³.

Aunque la Corte no reconoció el derecho al reasentamiento la sentencia tiene también el aspecto positivo de que constituye un ejemplo paradigmático del efecto expansivo de los derechos fundamentales y del principio de indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos puesto que, a través del carácter instrumental del debido proceso, se ampararon el derecho a la vida entendido en un sentido amplio y derechos sociales como el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda.

3.2.2.- El caso español

En la Constitución española el debido proceso y la tutela judicial efectiva se encuentran contemplados en el art. 24. Con su inclusión en dicha disposición de la Constitución de 1978 se han consagrado como derechos fundamentales, por primera vez en el constitucionalismo español, una serie de garantías jurisdiccionales, tal y como previamente se había hecho en la Constitución italiana de 1947 y en la

²⁵² *Cfr.* Corte Suprema, India: Olga Tellis y otros contra Bombay Municipal Corporation y otros, de 10 de julio de 1985, párrs. 3.1 y 3.4.

²⁵³ *Cfr.* Corte Suprema, India: Olga Tellis y otros contra Bombay Municipal Corporation y otros, de 10 de julio de 1985, párr. 4.2.

Ley Fundamental de Bonn de 1949²⁵⁴. Esta incorporación ha sido de suma importancia práctica como lo refleja el hecho de que la tutela judicial efectiva, junto al derecho a la igualdad ante la ley, es el derecho más invocado en los recursos de amparo que se presentan ante el Tribunal Constitucional²⁵⁵.

Revisemos a continuación algunas hipótesis en que este derecho instrumental ha sido empleado para la tutela de derechos sociales constitucionales.

a) Protección de los derechos laborales a través de la tutela judicial efectiva

En el ámbito específicamente de los DESC, la tutela judicial efectiva ha permitido plantear de manera indirecta el cumplimiento de estos derechos ante la jurisdicción ordinaria y constitucional, resaltando especialmente su aplicación en los procesos donde están involucrados derechos laborales. Si bien la jurisprudencia sobre ello es muy numerosa cabe mencionar por lo menos dos ejemplos. En el caso de la Sentencia 41/1999 el TC declaró la lesión al derecho a la tutela judicial efectiva porque entendió que el órgano judicial no posibilitó al sindicato demandante la acreditación de indicios de discriminación, a fin de que jugara la regla de distribución de la carga probatoria prevista en el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral²⁵⁶. Posteriormente, tras permitir el órgano de instancia la aportación de nuevas pruebas, la STS 4 de mayo anuló la sentencia de instancia y estimó el recurso de casación declarando que la empresa había incurrido en discriminación en razón de sexo por la no contratación de mujeres.

Otro caso es reciente y está constituido por la STC 187/2009, de 7 de septiembre, la que se originó en un recurso de amparo interpuesto en contra los Autos de 10 y 21 de noviembre de 2006 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago

²⁵⁴ Cfr: FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, pp.19-47.

²⁵⁵ Cfr: FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, p.20.

²⁵⁶ Cfr: STC: 41/1999, de 22 de marzo, FFJJ 7º, 8º y 9º.

de Compostela, que determinaron el archivo de la demanda formulada por el recurrente frente a una sanción laboral. El derecho fundamental que se invocó es el de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, conculcado, a juicio del demandante, por la denegación del acceso a la jurisdicción que se produce al archivar su demanda en atención al pretendido incumplimiento de un requisito inexigible en el procedimiento laboral, y en todo caso satisfecho en el momento de la interposición de la demanda rectora del proceso.

El TC señaló en su fallo que *“el archivo de las actuaciones sin pronunciamiento sobre el fondo, impone que la causa esgrimida por el órgano judicial sea real y necesariamente determinante de aquel archivo, y que la decisión no sea rigurosa y desproporcionada al punto de sacrificar el derecho de acceso al proceso de modo reprochable en términos constitucionales”*²⁵⁷. En el asunto en cuestión, el máximo Tribunal afirmó que, incluso de admitirse que el requisito que se entiende insatisfecho fuera de aplicación al procedimiento instado, la causa legal aducida en los Autos impugnados no podía justificar el archivo de la demanda, debido a que no tuvo lugar el incumplimiento que se imputa al recurrente. Por ello, en definitiva, sentenció que la decisión de archivo resultó contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y resolvió declarar la nulidad de los Autos, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado para que el Juzgado de lo Social prosiga con la tramitación correspondiente hasta pronunciar la Sentencia que resulte procedente en Derecho sobre el fondo del asunto²⁵⁸.

Repetimos que estos supuestos jurisprudenciales constituyen sólo algunos ejemplos de lo dicho, esto es, que el derecho a la tutela judicial efectiva ha desempeñado un importante papel para la protección de los derechos laborales en el ordenamiento jurídico español.

²⁵⁷ STC: 187/2009, de 7 de septiembre, FJ 2º.

²⁵⁸ *Cfr.* STC: 187/2009, de 7 de septiembre, FJ 3º.

b) Protección del derecho a la salud a través de la tutela judicial efectiva

En un caso resuelto en el año 2000, el TC debió determinar si una ciudadana rumana podía considerarse residente legal en España y así tener derecho a la asistencia sanitaria en conformidad al art. 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril. No estaba en este caso en discusión la constitucionalidad del requisito de residencia para acceder al derecho social a la salud (como sí se discutió respecto de otros derechos sociales en las sentencias 236/2007 y 259/2007 anteriormente comentadas).

El TC manifestó que la sentencia impugnada carecía de la razonabilidad constitucionalmente exigible para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial porque el tema debatido en el proceso fue resuelto sobre la base de la no obtención de la ciudadana rumana del visado para la residencia, cuando lo cierto es que ésta se encontraba judicialmente eximida de tal requisito por lo resuelto en una medida cautelar que obligaba a aceptar que la residencia en España era legal para los efectos de la asistencia sanitaria²⁵⁹.

Desde la perspectiva de la vinculación de los derechos sociales con la tutela judicial efectiva es importante destacar que el TC señaló que la trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso de la cónyuge del demandante a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE²⁶⁰. De acuerdo al Tribunal, la contradicción de la resolución con los principios rectores de la política social y económica “*acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada*”²⁶¹. Se reitera, por último, que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin

²⁵⁹ Cfr. STC: 95/2000, de 10 de abril, FJ 4º.

²⁶⁰ Cfr. STC: 95/2000, de 10 de abril, FJ 5º.

²⁶¹ STC: 95/2000, de 10 de abril, FJ 5º.

contenido sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección.

3.3.- La realización de los derechos sociales constitucionales a través de los derechos civiles y políticos

3.3.1.- Consideraciones generales

Una tercera forma de lograr la justiciabilidad indirecta de los DESC es por medio de la utilización de los mecanismos existentes para la protección de los DCP, en una clara manifestación de la indivisibilidad e interdependencia entre los diversos tipos de derechos humanos.

En muchas ocasiones la vulneración de un derecho social puede significar también la afectación de un DCP y viceversa. Además, existen situaciones en las cuales las obligaciones complementarias de un tipo de derecho pueden estar estrechamente relacionadas con obligaciones rectoras de otro derecho. Ello ocurre, como expresamos con anterioridad²⁶², en la relación entre el derecho a la vida con el derecho a la salud pero también puede aplicarse a otros derechos estrechamente vinculados entre sí como son el derecho a la propiedad con el derecho a la vivienda o el derecho de manifestación con el derecho de huelga. En definitiva, a nuestro juicio todos los derechos económicos, sociales y culturales que no tengan establecidos adecuados mecanismos de protección pero posean un vínculo con algún derecho civil podrán ser enjuiciados a través de los procedimientos existentes para estos últimos. Debe, simplemente, obviarse la mirada decadente de confrontación entre derechos que se encuentran en compartimentos estancos y asumir la nueva visión de los derechos fundamentales como parte de un mismo sistema, en el que los derechos al ser indivisibles entran en múltiples relaciones recíprocas. Las estrategias judiciales para alcanzar este tipo de protección indirecta de los derechos sociales pueden ser de dos clases: “por conexión”, vinculando el

²⁶² *Vid.* Capítulo IV.3, *supra*.

derecho social en cuestión con algún derecho civil, o bien “por incorporación”, incluyendo parte del contenido del derecho social en el contenido del derecho civil. Revisaremos a continuación algunos ejemplos en que esto se ha realizado en el sistema europeo de derechos humanos y en la jurisprudencia constitucional comparada.

a) Protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a través del derecho de propiedad en el sistema europeo de derechos humanos

En los casos de los sistemas regionales de derechos humanos, es pertinente recordar que la CEDH sólo reconoce algunos económicos, sociales y culturales. Algo similar sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH o “Pacto de San José de Costa Rica por el lugar en el que se adoptó). Por esa razón en ambos sistemas han existido diversos casos en que la defensa de los derechos sociales se ha debido perseguir precisamente invocando derechos civiles²⁶³. Ha sido el caso, por ejemplo, de la protección del medio ambiente a través del respeto al derecho de la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio (art. 8 de la CEDH)²⁶⁴ y de diversos derechos económicos, sociales y culturales por medio del derecho a la vida (art. 4 de la CADH), utilizando el concepto amplio y elástico de “vida digna”²⁶⁵.

A continuación ejemplificaremos lo expuesto mostrando algunas soluciones jurisprudenciales del TEDH que confieren al derecho de propiedad un marcado sentido social. Es sabido que el derecho de propiedad fue uno de los tradicionales derechos civiles absolutos en el liberalismo clásico pero actualmente adquiere en algunas circunstancias una dimensión social que hace que, en su ejercicio, la utilidad

²⁶³ *Cfr.* LEZERTUA, M., *op. cit.*, p.63.

²⁶⁴ *Vid.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994; Sentencia Guerra y otros contra Italia, de 19 de febrero de 1998; Sentencia Hatton y otros contra el Reino Unido, de 2 de octubre de 2001; Sentencia Moreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004.

²⁶⁵ *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Villagrán Morales y otros contra Guatemala (“de los Niños de la Calle”), de 19 de noviembre de 1999.

individual y el bienestar general lleguen a ser frecuentemente dos elementos inseparables²⁶⁶. Los casos que mencionaremos se refieren específicamente a sentencias en las que el TEDH ha planteado la existencia de una “incorporación” del contenido del derecho al medio ambiente dentro del derecho de propiedad.

El primer asunto que nos parece relevante mencionar es el *caso Powell y Rayner contra Reino Unido*. En este caso el derecho de propiedad fue invocado junto a varios otros derechos por los demandantes que reclamaban por el ruido excesivo que causaba el tráfico aéreo en un aeropuerto cercano²⁶⁷. Los demandantes alegaron en el procedimiento ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que el ruido excesivo no permitía el uso y goce adecuado de su domicilio, por lo cual estaba siendo violado su derecho de propiedad. Detrás de esas alegaciones estaba la idea que la contaminación ambiental puede llegar a ser de tal intensidad que, en ciertas circunstancias, puede dificultar el uso y goce de los bienes. En esos casos, la contaminación podría afectar el valor del bien, significando una suerte de “expropiación parcial”. Sin embargo, la Comisión rechazó la aplicabilidad de la garantía de la propiedad como defensa frente a la emisión de ruidos del aeropuerto²⁶⁸.

²⁶⁶ Es especialmente interesante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se ha brindado protección indígenas A las tierras ancestrales de las comunidades indígenas. La Corte a través de una interpretación evolutiva de la noción de propiedad ha afirmado que “*la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, de 31 de agosto de 2001, párr. 149. Esta amplia noción de propiedad ha sido defendida por la Corte Interamericana en una serie de otros casos sometidos a su conocimiento que se han vistos involucrados por la afectación del derecho a las tierras de los pueblos indígenas. *Vid.*, entre otros, Sentencia Comunidad Moiwana contra Suriname, de 15 de junio de 2005, párr. 131; Sentencia Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay, de 17 de junio de 2005, párr. 154.

²⁶⁷ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Powell y Rayner contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1990.

²⁶⁸ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Powell y Rayner contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1990, párr. 25 y 28. En este asunto, finalmente el tribunal acogió la demanda por la violación de otro derecho: la violación del art. 13 en relación con el art. 8, esto es, por violación del derecho de los demandantes a un recurso jurisdiccional efectivo para la tutela de su derecho a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio.

En el asunto *Zander contra Suecia*, el derecho de propiedad no fue ni siquiera invocado directamente, pero finalmente fue más decisivo en la protección del medio ambiente. El conflicto comenzó cuando algunos estudios indicaron que las napas de agua del lugar donde vivían los recurrentes mostraban la existencia de contaminación por cianuro proveniente de una planta de depósito de residuos. La municipalidad prohibió el uso del agua y proveyó a la comunidad temporalmente de agua potable. Posteriormente, la empresa dueña de la planta de residuos redujo los niveles de cianuro y solicitó la renovación del permiso. La municipalidad, que había anteriormente dejado de suministrar agua potable a la población, otorgó el permiso a la empresa. Ante esta situación, los recurrentes solicitaron que se obligara a la empresa proveer de manera gratuita agua potable en caso de reincidir en la contaminación de la misma. La municipalidad denegó a los peticionarios su solicitud, por lo cual los afectados interpusieron una acción legal ante los tribunales locales, los cuales negaron la revisión judicial de la decisión municipal.

Los recurrentes demandaron al Estado sueco ante el TEDH por la denegación de un recurso judicial y consecuente violación del art. 6.1 de la CEDH. Sobre la vulneración de dicha disposición, el TEDH razonó de la siguiente manera: el art. 6.1 de la Convención otorga a todas las personas el derecho a un proceso equitativo en el que se decidan los litigios sobre sus “derechos y obligaciones de carácter civil”. Había entonces que verificar si existía una disputa en relación con algún derecho civil²⁶⁹. Según los demandantes la polución, que había convertido el agua de uso común en no potable, se había traducido en una depreciación de su propiedad. Además, alegaron que la ley sueca ordena que, en este tipo de situaciones, se adopten todas las medidas precautorias necesarias para impedir perjuicios a los afectados.

La resolución del Tribunal partió de la base de que el derecho de propiedad constituye un “derecho civil”, en el sentido establecido por el art. 6.1 de la

²⁶⁹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia *Zander contra Suecia*, de 25 de noviembre de 1993, párr. 22.

CEDH²⁷⁰. En este caso los demandantes, en su calidad de propietarios, habían solicitado ante los tribunales suecos la protección de su derecho a disfrutar del agua como agua potable sin que se accediese a la revisión judicial de la decisión administrativa. El TEDH estimó que efectivamente existía una disputa en relación al derecho civil de propiedad y, que por ende, la decisión de los órganos judiciales suecos había violado el art. 6.1 de la CEDH²⁷¹. Con todo lo anterior, creemos que el *caso Zander contra Suecia* es un importante ejemplo del gran potencial que reviste la invocación del derecho de propiedad -o de argumentaciones sustentadas en éste derecho- para efectos de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Por último, otro asunto de relevancia en que se invocó el derecho de propiedad con la finalidad de proteger el medio ambiente, fue el *caso Chassagnou y otros contra Francia*²⁷². El origen del litigio estuvo en una ley francesa de 1964, llamada *Ley Verteille*. Dicha ley imponía, a los propietarios rurales de áreas de superficie inferior a cierto umbral, la obligación de unirse en asociaciones de caza (llamadas Asociaciones Municipales de Caza Aprobadas) y permitir la caza en la tierra en cuestión. Una de las principales finalidades de la ley era la de garantizar una mejor organización técnica de la caza para permitir a los cazadores un adecuado ejercicio de este deporte. Según el gobierno francés, el desarrollo de la fauna salvaje y el respeto de las propiedades y de la cosechas también se beneficiaban de una buena organización cinegética.

Algunos propietarios de fincas afectadas por la *Ley Verteille* y contrarios a la caza por razones éticas, recurrieron ante la CEDH alegando la violación de varios derechos: el derecho a la propiedad, a la libertad de conciencia y pensamiento, la libertad de asociación negativa y el derecho a la igualdad pues la ley eximía de las

²⁷⁰ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Zander contra Suecia, de 25 de noviembre de 1993, párr. 27.

²⁷¹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Zander contra Suecia, de 25 de noviembre de 1993, párr. 28 y 29.

²⁷² *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Chassagnou y otros contra Francia, de 29 de abril de 1999.

citadas obligaciones a los propietarios de grandes fincas. El Tribunal, si bien estimó que la finalidad de la *Ley Verdeille* era legítima²⁷³ afirmó que se le estaba imponiendo a los propietarios una carga desmesurada²⁷⁴ debido a que, no obstante su oposición por razones éticas a la caza, estaban obligados a soportar la presencia de hombres armados y de perros de caza en sus tierras.

La importancia del *caso Chassagnou y otros contra Francia* no estriba solamente en que se logró proteger la fauna a través del derecho de propiedad sino en que, incluso, debido a la sentencia del TEDH en el año 2000 se reformó el Código rural francés, introduciendo una norma que autoriza a los propietarios a excluir sus tierras de las zonas de caza sin tener que aducir razones específicas. Nuevamente nos encontramos con un caso en el que la revisión de cuestiones referentes a derechos sociales se traduce en reformas legislativas. Los tribunales internacionales pueden ser, al igual que la justicia internacional, importantes foros de debates que finalmente derivan en cambios legales sobre materias sociales.

La jurisprudencia mencionada es fruto, en nuestra opinión, de la aplicación concreta del principio de la interdependencia entre los DCP y los DESC que ha contribuido a que se imponga cada vez con mayor fuerza en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos una visión integrada de los derechos humanos, lo que permite vislumbrar que en el futuro la existencia de nuevas y mejores alternativas para la efectiva realización de los derechos sociales.

b) Protección de diversos derechos sociales a través del derecho de propiedad por parte de los jueces constitucionales

Al estar los servicios sociales en múltiples países privatizados o su administración en manos de empresas privadas, los derechos sociales son objeto de relaciones marcadas en gran medida por una regulación privatista. Es lo que sucede

²⁷³ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Chassagnou y otros contra Francia, de 29 de abril de 1999, párr. 79.

²⁷⁴ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Chassagnou y otros contra Francia, de 29 de abril de 1999, párr. 85.

en Chile pues en la seguridad social rige un sistema fundado en el principio de la capitalización individual y es administrada por empresas privadas. De la misma forma, una cantidad importante de la población tiene contratos con aseguradoras privadas de salud y, en el ámbito educacional, los padres pagan tasas no menores para matricular a sus hijos en institutos privados e, incluso, en algunos institutos públicos. Para ingresar a las universidades también se deben costear tasas elevadas, sea que se trate de universidades privadas o públicas.

En este marco y ante la imposibilidad de presentar el Recurso de Protección alegando de manera directa la violación de derechos sociales como el derecho a la salud, a la educación o a la seguridad social, una de las principales formas para remediar por vía jurisdiccional a una vulneración de un derecho social es invocando la afectación del derecho de propiedad “por conexión”. La fundamentación de estos recursos ha sido muy diferente a las ideas que han estado tradicionalmente a la base de la protección de los derechos sociales como, entre otras, su compromiso igualitario, la noción de libertad fáctica o su vinculación con la realización de la dignidad humana. La lógica que, en cambio, se ha empleado es completamente distinta y obedece más bien a una concepción puramente patrimonialista. Se ha entendido simplemente que, en la medida que se celebra un contrato, ingresan al patrimonio del beneficiario ciertos derechos y, en caso de algún incumplimiento, se puede alegar un incumplimiento contractual de acuerdo a parámetros del derecho privado²⁷⁵. Este razonamiento se ha utilizado, por ejemplo, en las siguientes situaciones: respecto de la cancelación de tasas para cursar estudios en institutos o universidades; para exigir el cumplimiento de un plan de cobertura acordado con un seguro privado; o en relación a las cotizaciones que ingresan a las empresas privadas

²⁷⁵ No obstante, en algunos casos la jurisprudencia constitucional chilena también ha otorgado a los contratos que se suscriben para obtener la prestación de servicios vinculados a la realización de derechos sociales una suerte de “función social”. Así se desprende de lo dicho por el Tribunal Constitucional cuando afirma que: “*las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole*”. Tribunal Constitucional, Chile: Sentencia N° 976/2008, del 26 de junio, Considerando Jurídico 39.

que las administran, denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones. Así, en el caso de este último ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno ha afirmado que:

*“en el Sistema de Pensiones establecido por el Decreto Ley N° 3.500, cada afiliado es dueño de los fondos que ingresen a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de éstos constituyen un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos”*²⁷⁶.

De la misma forma, las alzas injustificadas de los planes de salud de las aseguradoras privadas han sido declaradas inconstitucionales por vulnerar, entre otros derechos, el de propiedad. Esto ha sido relevante en la práctica pues el art. 38 de la Ley N° 18.933 faculta a las Isapres (recordamos que éstas son las aseguradoras privadas de salud chilenas) para revisar anualmente los contratos de salud. Ante las miles de impugnaciones de usuarios de las Isapres, la jurisprudencia constitucional chilena ha reiterado que dicha facultad debe ejercerse con la debida prudencia y justificación y, en múltiples ocasiones, ha declarado inconstitucionales las alzas por lesionar el derecho de propiedad²⁷⁷.

En nuestra opinión, este tipo de estrategias judiciales pueden y deben ser utilizadas cuando del análisis de la normativa existente en un ordenamiento jurídico determinado se concluye que son las que con mayor probabilidad permiten lograr la protección de un derecho social constitucional. No obstante, lo complejo de esta forma de protección indirecta es que la existencia de una argumentación basada en criterios meramente de derecho privado y no de tutela de derechos fundamentales puede volverse en contra de la realización de los derechos sociales si el prestador del servicio demuestra haber sufrido una afectación de su propio derecho de propiedad²⁷⁸. Por lo mismo, lo ideal es avanzar en una protección de los derechos sociales constitucionales apoyada en su carácter de fundamentales y en la doctrina emanada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²⁷⁶ Tribunal Constitucional, Chile: Sentencia N° 334 del 21 de agosto de 2001, Considerando Jurídico 5.

²⁷⁷ *Vid.*, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Chile: N° 2.445-05, de 1 de agosto de 2005, y N° 2.101-05, del 6 de junio de 2005.

²⁷⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, JORDÁN DÍAZ, T., *La protección de los Derechos Sociales: Modelos Comparados de Tutela Jurisdiccional (España y Chile)*, Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2008, p.175.

c) Protección del derecho a la salud a través del derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional de América Latina

Una de las formas de protección indirecta de los derechos sociales es seguramente la que se realiza incorporando el derecho a la salud en el contenido del derecho a la vida. Se trata, a todas luces, de derechos muy vinculados y así lo han entendido los jueces constitucionales en múltiples ordenamientos. Ello ha sido particularmente importante cuando el derecho a la salud carece de garantías jurisdiccionales adecuadas. Analicemos a continuación algunos supuestos jurisprudenciales que se han producido en América Latina.

En primer lugar, cabe recordar en la realidad argentina el ya mencionado *caso Beviacqua*²⁷⁹. En ese caso, se invocó el derecho a la salud pero también el derecho a la vida planteando una argumentación que vinculó estrechamente ambos derechos. La Corte Suprema argentina recordó sentencias anteriores en las que “*a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas*”²⁸⁰.

En segundo lugar, nuevamente vinculando el derecho a la salud con el derecho a la vida nos parece relevante mencionar un caso en el que la justicia constitucional chilena se pronunció acerca de la obligación de otorgar tratamiento médico a pacientes con el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)²⁸¹. El

²⁷⁹ Vid. capítulos II.6.2 y V.4, *supra*.

²⁸⁰ Corte Suprema de la Nación, Argentina: Campodonico de Beviacqua, Ana Carina c / Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas s/recurso de hecho, 24 de octubre de 2000, párr. 16. En los siguientes considerándoos, la Corte continuó utilizando conjuntamente el derecho a la vida y el derecho a la salud.

²⁸¹ Existen otros casos en los que la jurisprudencia constitucional ha resguardado el derecho que tienen los pacientes con VIH de acceder a la atención médica necesaria, destacando los siguientes: Tribunal Constitucional, Sudáfrica: *Minister of Health y Treatment Action Campaign (TAC) 2002 (5) SA*

caso surge porque, si bien el Ministerio de Salud del Estado de Chile había dictado un decreto que obligaba a los hospitales a suministrar tratamiento médico y diagnóstico gratuito a las personas con SIDA, dicha normativa no se cumplía. Ante esta situación, una organización no gubernamental denominada Vivo Positivo, presentó tres Recursos de Protección demandando al Servicio de Salud Metropolitano Oriente y al Ministerio de Salud el cumplimiento del decreto.

La Corte de Apelaciones de Santiago, como tribunal de primera instancia, falló favorablemente los tres recursos de protección, argumentando lo siguiente: a) en el caso está en juego la realización del derecho a la vida que constituye el derecho más importante; b) no se puede alegar la falta de recursos económicos para justificar el incumplimiento de este derecho; y c) el argumento estatal que indicaba que los medicamentos en cuestión eran suministrados a otras personas igualmente enfermas importaba una diferenciación discriminatoria y por ende constituía una violación a la igualdad ante la ley²⁸².

Sin embargo, en segunda instancia la Corte Suprema revocó el fallo por considerar que el accionar del Estado no era ilegal. Las razones del máximo tribunal del Poder Judicial fueron las siguientes: a) para garantizar las prestaciones deben considerarse el costo que involucran y los fondos disponibles; b) conceder el amparo implicaría otorgar las prestaciones en condiciones de arbitrariedad; y c) el derecho a la protección de la salud no está incluido en el recurso de protección²⁸³.

Ante el fallo de la Corte Suprema y el riesgo para la salud de las personas involucradas, se presentó una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión

721 (CC), de 5 de Julio de 2002 (mencionado en el capítulo V.4, *supra*); Tribunal Constitucional, Perú: sentencia Azanca Alhelí Meza García, Expte. N° 2945-2003-AA/TC, de 10 de abril de 2004; Tribunal Supremo, Venezuela: Cruz del Valle Bermúdez y otros vs. MSAS s/amparo, Expediente N° 15.789. Sentencia N° 196, de 15 de julio de 1999.

²⁸² *Cfr.* Corte de Apelaciones de Santiago, Séptima Sala, Chile: Rol N° 3.025-2001, de 8 de agosto de 2001, Considerándoos Jurídicos 6 a 10.

²⁸³ *Cfr.* Corte Suprema, Chile: Rol N° 2.599-2001, de 9 de octubre de 2001, Considerándoos Jurídicos 4 a 7.

Interamericana de Derechos Humanos con el fin de que se amparara el derecho a la vida de los recurrentes. La Comisión accedió e instó al Estado a adoptar medidas urgentes para que se suministraran a los recurrentes los medicamentos que requerían. El Estado cumplió con la resolución de la Comisión Interamericana pero a uno de los recurrentes ya tenía la enfermedad tan avanzada que los medicamentos no produjeron ningún efecto y falleció.

Si bien en el desenlace no fue el esperado, el caso tuvo igualmente algunas consecuencias positivas y cuestiones que merecen ser destacadas. En primer lugar contribuyó a que existiera un sistema de cobertura total en materia de tri-terapias para personas que viven con VIH-SIDA como el que hay actualmente. En segundo lugar, son dignas de mención las argumentaciones de la Corte de Apelaciones pues realizó una conexión de derechos, vinculando el derecho a la salud con el derecho a la vida y aplicó normas de tratados internacionales de derechos humanos. Por último, es también relevante la utilización por parte de los recurrentes del mecanismo de presentación de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente a situaciones graves y urgentes como la de este caso.

Por último, podemos citar el *caso Sidonia Vargas Vargas* resuelto por la Corte Suprema de Costa Rica en 1994²⁸⁴. En ese supuesto la recurrente estaba afectada de leucemia aguda y de diabetes mellitus, encontrándose incapacitada temporalmente, debido a diversas enfermedades derivadas de la enfermedad y del tratamiento de quimioterapia a la que había estado sometida. Por disposición administrativa se suspendieron los tratamientos domiciliarios, siendo esa la única forma en la que la recurrente podía tratarse por su imposibilidad de desplazarse.

En la sentencia la Corte Suprema vinculó el derecho a la salud con el derecho a la vida, al afirmar que “*la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida*

²⁸⁴ *Cfr.* Corte Suprema, Sala Constitucional, Costa Rica: Sentencia N° 1994-5130 de las 17:33 hrs. del 7 de septiembre de 1994.

*humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella*²⁸⁵.

En base a esa conexión, la Corte acogió el amparo presentado por la recurrente. Transcribimos un pasaje de la argumentación empleada en este caso por la Corte Suprema de Costa Rica pues nos parece que destaca por su garantismo, al afirmar que, en aras a resguardar la salud de la recurrente:

*“deberá la Caja Costarricense del Seguro Social tomar las medidas que sean necesarias para tal fin, aún cuando ello implique desde trasladar a la recurrente en ambulancia de su domicilio hacia el Centro Hospitalario, hasta capacitar el personal de clínicas y hospitales en todo el país para que puedan aplicar tales medicamentos y así todas las personas que viven fuera de San José tengan acceso con mayor facilidad al suministro de tales medicinas, pues existen gran cantidad de centros de atención médica de la CCSS a través de todo el país que deberían estar brindando ese servicio. Desde este punto de vista, si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles”*²⁸⁶.

3.3.2.- El caso español

Diversos autores han entendido que en el ordenamiento jurídico español es perfectamente posible utilizar por la vía de conexión o incorporación el sistema de garantías previsto para los derechos civiles y políticos a los derechos sociales²⁸⁷ y esta ha sido también la posición del Tribunal Constitucional español. Veamos algunos casos en que ello ha ocurrido.

²⁸⁵ Corte Suprema, Sala Constitucional, Costa Rica: Sentencia N° 1994-5130 de las 17:33 hrs. del 7 de septiembre de 1994, Considerando I.

²⁸⁶ Corte Suprema, Sala Constitucional, Costa Rica: Sentencia N° 1994-5130 de las 17:33 hrs. del 7 de septiembre de 1994, Considerando III.

²⁸⁷ *Cfr.* PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.51.

a) Derecho al trabajo y derecho a la salud a través del derecho a la intimidad

En España, una de las consecuencias de la penetración de los derechos fundamentales en las relaciones laborales ha sido que derechos civiles clásicos como el derecho a la intimidad han sido invocados muy frecuentemente por parte de los trabajadores como derechos vulnerados en el marco de las relaciones laborales, tanto ante tribunales ordinarios como en el ámbito de la justicia constitucional²⁸⁸.

Una reciente sentencia ejemplifica muy bien lo que estamos planteando. Se trata de la sentencia 70/2009, de 23 de marzo, en la cual se alegó por parte de un profesor de enseñanza secundaria y funcionario público la vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1) por una resolución administrativa de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria que lo jubiló por incapacidad permanente con apoyo en dos informes médicos sobre su salud psíquica que formaban parte de su historia clínica. Esos informes no tenían cobertura legal suficiente y no se había justificado su incorporación al expediente. Anteriormente, el recurso contencioso-administrativo contra estas resoluciones había sido desestimado por la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 297/2004, de 7 de abril²⁸⁹.

El recurrente en amparo afirmó que la vulneración de su derecho se ha debido a la incorporación y a la utilización como *ratio decidendi* del expediente administrativo de jubilación por incapacidad permanente de los mencionados dos informes médicos emitidos por el psiquiatra particular que le atendió durante ocho años, lo que atenta contra el derecho a la confidencialidad de la historia clínica y,

²⁸⁸ Al respecto, *Vid.* la STC 202/1999, de 8 de noviembre. Sobre ese fallo del TC se puede también revisar GARCÍA GARNICA, M., “La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (A propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 14, Enero-Diciembre 2000, pp.129-163.

²⁸⁹ En dicha sentencia se argumentó que “con independencia de las vías que hayan llevado a conocer la identidad del médico privado especialista que venía atendiendo al aquí recurrente (...) parece que en una situación de ejercicio de actividades docentes por el interesado, es decir de interés público, resulta justificado este acceso, [pues] se haya o no motivado expresamente por la Administración”. Tribunal Superior de Justicia de Galicia: sentencia 297/2004, de 7 de abril, párr. 4.

correlativamente, contra el derecho a la intimidad en que aquél estaría integrado. El demandante de amparo señaló también que si bien el derecho a la intimidad no es ilimitado, y podría haber cedido frente a otros de más relevancia, ello hubiera exigido que la Administración, o el órgano judicial revisor de su actividad, emitieran una resolución en la que, de forma motivada y demostrando que la intromisión en el derecho fundamental era proporcional a ese supuesto interés legítimo, hubiera justificado la unión al expediente de un documento perteneciente a la esfera más íntima del recurrente en amparo²⁹⁰.

El Tribunal Constitucional realiza las siguientes consideraciones:

- el procedimiento administrativo ha afectado a la intimidad del recurrente con la incorporación y valoración de dos informes médicos previos relativos a su salud psíquica realizados por el médico psiquiatra que le atendía²⁹¹;
- el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo²⁹²;
- el órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida²⁹³;

²⁹⁰ *Cfr.* STC: 70/2009, de 23 de marzo, Fundamento de hecho 4º.

²⁹¹ STC: 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3º.

²⁹² *Cfr.* STC: 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3º. En esta parte el TC se apoya también la siguiente jurisprudencia del TEDH: sentencia de 26 de marzo de 1987, caso Leander; sentencia de 25 de febrero de 1993, caso Funke; sentencia de 25 de febrero de 1997, caso Z. contra Finlandia; caso X. e Y., sentencia de 26 de marzo de 1985; sentencia de 7 de julio de 1989, caso Gaskin.

²⁹³ *Cfr.* STC: 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3º.

Finalmente, el TC otorgó el amparo y sus principales argumentos fueron²⁹⁴:

- las resoluciones impugnadas no se apoyan en una regulación legal que ampare la utilización administrativa de datos médicos relativos a la salud psíquica del recurrente;
- no es posible considerar proporcionada la intromisión en la intimidad en el sentido que persiga un fin legítimo de un modo idóneo, necesario y ventajoso desde la perspectiva constitucional.

Esta sentencia tiene varias cuestiones de interés pero, para los efectos de este trabajo, es relevante fundamentalmente el hecho que se protege el derecho al trabajo del profesor que demanda el amparo –pues se anula la resolución administrativa que disponía su jubilación anticipada- a través de un tradicional derecho civil como es el derecho a la intimidad²⁹⁵. Como señalamos en un principio esta es una clara prueba de cómo los trabajadores pueden alegar la vulneración de derechos fundamentales que no son específicamente laborales pues éstos derechos deben ser plenamente respetados en el marco de las relaciones laborales. También debe resaltarse la vinculación del derecho a la intimidad con el derecho a la salud pues se protege el derecho a la confidencialidad de la historia clínica del paciente.

²⁹⁴ *Cfr.* STC: 70/2009, de 23 de marzo, FJ 5º.

²⁹⁵ Se trata, por lo demás, de una doctrina reafirmada por la STC 159/2009, de 29 de junio, en la que se alegó la utilización de manera irregular de información recabada en un examen médico realizado en un proceso de selección en que participó el recurrente a otro proceso de selección diferente y posterior que había ya logrado superar obteniendo el nombramiento como funcionario en prácticas. En base al informe médico utilizado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, se determinó la exclusión del recurrente del proceso de selección de 84 agentes de la Guardia Municipal de Donostia-San Sebastián acordando su cese como funcionario en prácticas. El Tribunal Constitucional declaró la vulneración del derecho a la intimidad y la anulación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había acogido un recurso de apelación contrario a las pretensiones del recurrente.

b) Derecho a la salud a través del derecho a la vida y a la integridad física

Es evidente que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en el Derecho Comparado, existe una importante relación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y a la integridad física. Esta idea se puede extraer también de algunos fallos del Tribunal Constitucional español.

Una muestra es la sentencia 62/2007, de 27 de marzo, que constituye una importante un claro ejemplo acerca de la aceptación de esta conexión. Se trata de una demanda de amparo por vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) dirigida en contra de una Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En la demanda se denuncia que la Sentencia recurrida interpretó de manera errónea y restrictiva la protección que ese derecho fundamental comporta, pues el pronunciamiento judicial que obligaba a una persona a trabajar bajo las órdenes de otra a quien anteriormente había denunciado, como acordó el INSALUD, constituía un evidente riesgo para su salud. La cobertura que a la demanda de amparo brinda el art. 15 CE en relación con el art. 43 CE no fue aceptada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid mientras, por el contrario, dicha relación resulta plenamente reconocida por el Tribunal Constitucional. En el caso concreto, el TC aduce que ese riesgo para la salud no era meramente teórico, sino efectivo y real, como resultaba de los hechos probados y de los informes médicos aportados en autos.

El TC reiteró de manera explícita la doctrina anterior acerca de la relación entre el derecho a la salud y los derechos a la vida y a la integridad física al afirmar que *“el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6)”*²⁹⁶.

²⁹⁶ STC: 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3°.

c) Derecho a la libre sindicación a través de los derechos a la intimidad y al honor

Si bien el derecho a la libre sindicación está incluido dentro de los derechos que permiten utilizar el Recurso de Amparo para su tutela, es interesante revisar como este derecho ha sido también protegido a través de otros derechos constitucionales. En especial, es pertinente revisar como el TC ha considerado que la utilización por parte del empleador de ciertos datos informáticos recopilados con fines sindicales (por ejemplo, datos informáticos donde se acredita la afiliación sindical, obtenidos con el objeto de retener la respectiva cuota sindical y transferirla al sindicato) para objetivos distintos significa una vulneración de la libertad sindical. En este caso, el amparo se ha realizando conectando el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) con el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 18.4 CE).

Esa fue precisamente la forma en que el TC resolvió en la sentencia 11/1998, de 13 de enero, un caso en el cual un trabajador que no había adherido a una huelga convocada por la organización sindical a la cual pertenecía le fueron descontadas las retribuciones correspondientes al periodo de huelga. El único antecedente que utilizó en el caso en cuestión la empresa fue su afiliación sindical ya que conocía la clave informática que habitualmente se utilizaba para descontar su cuota sindical.

El Tribunal acogió el amparo concluyendo que en este caso tuvo lugar una lesión del art. 28.1 CE en conexión con el art. 18.4 CE²⁹⁷. Es especialmente interesante la argumentación del TC acerca del contenido y efectos de este último derecho. El Tribunal señaló que el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar “*no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a*

²⁹⁷ Cfr. STC: 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º.

*cada persona (...) pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios*²⁹⁸.

d) Derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado a través del derecho a la propiedad

En este caso es importante señalar que tanto el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado como el derecho a la propiedad no están incluidos en el Recurso de Amparo de modo que en estos casos la tutela indirecta se ha producido por medio del Recurso y Cuestión de Inconstitucionalidad.

Lo anterior se ha realizado, en gran medida, concibiendo a la propiedad de manera amplia y desde una perspectiva social representada por su “función social”²⁹⁹. El TC ha expresado que la protección del medio ambiente forma parte de la significación de la función social de la propiedad, siendo procedentes regular este derecho de manera que se tutele el medio ambiente.

e) El derecho a la negociación colectiva a través del derecho a la libertad sindical

Existen casos en que no estamos propiamente frente a una protección indirecta de derechos sociales a través de la utilización de derechos civiles sino por medio de otros derechos sociales. Es el caso de la protección de la negociación colectiva por medio de la libertad sindical, pues el TC ha señalado que son parte del “*contenido esencial del derecho, entendido como núcleo mínimo e indisponible sin el cual no sería*

²⁹⁸ STC: 11/1998, de 13 de enero, FJ 5°.

²⁹⁹ El Tribunal Constitucional ha sido muy claro al señalar que la cláusula del Estado social implica un cambio en la noción clásica del derecho de propiedad. Así, en Sentencia 166/1985, de 9 de diciembre, señaló en FJ 13° que: “*La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada sólo garantiza a su titular*”.

reconocible” los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir con sus funciones, esto es, la negociación colectiva y la promoción de conflictos colectivos³⁰⁰.

Se ha tutelado de esta forma por medio de un derecho social incluido entre los derechos que permiten interponer el Recurso de Amparo como es el derecho a la libertad sindical (art. 28.1) otro derecho social como es el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1) que, en cambio, no está protegido por el recurso de amparo constitucional (art. 53.2). En esta interpretación sistémica el TC ha utilizado también el art. 7 CE, de manera que los sindicatos participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores³⁰¹, y el art. 10.2 CE que remite a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

3.4.- Acceso a la información, transparencia y fiscalización de las políticas públicas vinculadas a los derechos sociales constitucionales

3.4.1.- Consideraciones generales

Los principios de publicidad y transparencia y el derecho al acceso a la información en las políticas públicas son sin duda de enorme relevancia para la adecuada realización de los derechos sociales. El derecho a la información se caracteriza por ser principalmente un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos, sean estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Por su parte, la transparencia contribuye a fiscalizar que los recursos se destinen efectivamente en asegurar bienes tan esenciales como son, por ejemplo, la salud, la educación y la vivienda. Limitar al máximo el secreto en el gasto público y en las políticas sociales permite precisamente evitar que esas partidas presupuestarias sean desviadas a otros fines o derechamente a prácticas de corrupción que puedan

³⁰⁰ *Cfr.* STC: 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3°. En el mismo sentido *Vid.* SSTC: 9/1988, de 25 de enero, FJ 2°; y 127/1989, de 13 de julio, FJ 3°.

³⁰¹ *Cfr.* SSTC: 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3°; y 121/2001, de 4 de junio, FJ 2°.

perjudicar la realización de derechos sociales³⁰². Pero la información no sólo permite reducir los riesgos de prácticas de corrupción en el uso del gasto público asignado a desarrollar derechos sociales constitucionales sino también constituye un elemento imprescindible para analizar presupuestos públicos en relación con derechos económicos sociales y culturales.

A los planteamientos anteriores, debemos agregar que la importancia del derecho de acceso a la información pública para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales estriba también en que la existencia de datos y estadísticas por parte de los servicios públicos es fundamental si se pretende verificar el cumplimiento de los principios de progresividad, no regresividad y del contenido esencial pues su evaluación se basa en buena medida en indicadores que requieren de información que tienen que aportar los mismos poderes públicos.

Por otra parte, señalamos anteriormente que una de las principales ventajas de la garantía de reserva legal es que permite que el debate acerca de los derechos fundamentales en general –y de los derechos sociales en particular- se desarrolle de cara a la ciudadanía. Por último, recordemos que uno de los principios del Estado constitucional moderno es el de publicidad de los actos públicos, siendo éste, además, un requisito de la rendición de cuenta o *accountability* de los poderes políticos elegidos en las democracias representativas³⁰³.

³⁰² Vid, al respecto, COURTIS, C., *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. Proyecto de protección de programas sociales*, México, PNUD, 2007, 25 pp.; BERMUDEZ SOTO, J. y MIROSEVIC VERDUGO, C., “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008, vol. 30, Núm. 2, pp.448-450.

³⁰³ Lo que hemos señalado es en parte también aplicable a particulares, especialmente cuando ellos tienen alguna función en la ejecución de servicios públicos y así ha sido reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A modo ejemplar, podemos citar los Principios de Lima suscritos por diversos relatores especiales para la libertad de expresión. En el punto 4 se señala que “*El Estado y las empresas que prestan servicios públicos, están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas y adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para promover el respeto a este derecho y asegurar su reconocimiento y aplicación efectivos*” (las negritas son nuestras).

No obstante todo lo anteriormente dicho, en la práctica en muchos países los poderes públicos se amparan frecuentemente en el secretismo y son renuentes a transparentar sus actos. Más difícil es todavía encontrar en la Administración la práctica de producir datos estadísticos que permitan estudiar y evaluar las políticas públicas desarrolladas.

Es en este marco que durante los últimos años en más de 85 Estados se han aprobado normativas sobre acceso a la información que establecen que el secreto debe ser una excepción dentro de la Administración Pública que, además, debe responder a las solicitudes de datos y archivos presentadas por los ciudadanos³⁰⁴. En materia de derechos sociales es pertinente mencionar la existencia de numerosas leyes específicas sobre acceso a la información en el ámbito medio ambiental.

También en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el derecho de acceso a la información se ha ido consagrando en múltiples instrumentos e informes de organismos internacionales³⁰⁵. El ya descrito proceso de emisión de informes periódicos en que los Estados dan cuenta de los avances o retrocesos en el cumplimiento de los derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos constituye a todas luces un valioso mecanismo de fiscalización de la sociedad, siempre y cuando este proceso se realice en forma abierta y participativa. En ese proceso de monitoreo, los Estados deben responder con el máximo de información posible a las consultas del Comité de DESC o de otros comités de derechos humanos, por lo cual se ven obligados a producir datos e información vinculada a los derechos sociales reconocidos en los tratados de derechos humanos.

³⁰⁴ Para una descripción de algunas de esas normativas, *Vid.* ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, pp.177-185.

³⁰⁵ Para una revisión de la normativa y jurisprudencia de organismos internacionales referentes al derecho de acceso a la información *Vid.* COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión): *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2007, 52 pp.

En cuanto a los pronunciamientos de cortes y comités internacionales sobre el derecho al acceso a la información pública y su vinculación con el cumplimiento y protección de derechos sociales, corresponde señalar que el Comité de DESC se ha referido al tema en su Observación General N° 1 sobre la presentación de informes. El Comité ha explicado que la preparación de los informes no debe entenderse como una mera recopilación de estadísticas y que esa revisión y sistematización de información debe servir para lograr diversos objetivos, destacando entre ellos garantizar que el Estado Parte vigile de manera constante la situación real con respecto a cada uno de los derechos sociales y, por consiguiente, se mantenga al corriente de la medida en que todos los individuos que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción disfrutan, o no disfrutan, de los diversos derechos³⁰⁶. El Comité de DESC también asumió desde un comienzo que para algunos Estados el proceso de vigilancia y reunión de información podía entrañar dificultades por requerir mucho tiempo y resultar costoso, por lo cual podían solicitar la correspondiente asistencia internacional al mismo Comité³⁰⁷.

En la esfera de los tratados de derechos humanos a nivel regional, nos parece pertinente transcribir dentro del sistema europeo el art. 2.1 del Protocolo Adicional de 1988 a la Carta Social Europea. En dicha disposición se establece que:

“1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa, las Partes se comprometen a tomar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales:

a. Ser informados periódica u oportunamente, y en manera comprensible, de la situación económica y financiera de la empresa que les da empleo, quedando entendido que podrá denegarse la divulgación de ciertas informaciones que puedan perjudicar a la empresa o exigirse que se mantengan confidenciales y

b. Ser consultados a su debido tiempo acerca de las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”.

³⁰⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general 1 (1990), *La índole de las obligaciones de Presentación de informes por los Estados Partes*, E/1989/22, Ginebra, 24 de febrero de 1989, párr. 3.

³⁰⁷ *Cfr.* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación general 1 (1990), *La índole de las obligaciones de Presentación de informes por los Estados Partes*, E/1989/22, Ginebra, 24 de febrero de 1989, párr. 3.

En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, podemos señalar que el derecho de acceso a la información se concibió tradicionalmente por parte de este tribunal en términos negativos como una obligación de no injerencia del Estado del derecho de recibir información contemplado en el art.10.2 de la CEDH. Así, la primera decisión del TEDH vinculada al derecho de acceso a la información fue el *caso Leander* y en esa sentencia el Tribunal de Estrasburgo interpretó el art. 10.2 de la CADH en el sentido que prohíbe básicamente al gobierno restringir a una persona la posibilidad de recibir información que otros quieran o estén dispuestos a impartirles pero no supone imponer al Estado, en circunstancias tales como las del presente caso, obligaciones positivas de recoger y difundir información por su propia cuenta³⁰⁸. Con posterioridad, el TEDH siguió realizando una lectura restrictiva del art. 10.2 de la CEDH sin acceder a proteger a través de esa norma el acceso a la información pública. En los casos en que condenó igualmente al Estado por no brindar información, fue en base al 8 del Convenio relativo al derecho a la vida privada y familiar³⁰⁹.

No obstante, en los últimos años la jurisprudencia de la Corte ha ampliado su noción de de “libertad de recibir información” reconociendo la existencia de un derecho de acceso a la información. Especialmente relevante es la reciente sentencia recaída en el caso *Hungarian Civil Liberties Union contra Hungría* donde el TEDH reconoció el derecho que tenía una organización no gubernamental húngara de acceder a información en poder de la Corte Constitucional de ese país. Lo fundamental de este caso es que la Corte condenó al Estado húngaro por no tratarse de una limitación al derecho a recibir información que pudiera ser necesaria en una

³⁰⁸ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Leander contra Suecia, de 26 de marzo de 1987, párr. 74.

³⁰⁹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencias Gaskin contra Reino Unido, de 7 de julio de 1989; Guerra y Otros contra Italia, de 19 de febrero de 1998; Open Door and Dublín Well Woman y Otros contra Irlanda, de 29 de octubre de 1992; Roche contra Reino Unido, de 19 de octubre de 2005.

sociedad democrática³¹⁰ y afirmó el papel fundamental para el debate público de la prensa y, en determinados casos, también de organizaciones no gubernamentales³¹¹.

Pero ha sido en el ámbito del sistema interamericano donde se ha producido un verdadero hito en cuanto a reconocer el derecho al acceso a la información y – algo relevante en el contexto de este trabajo- la decisión estuvo vinculada con la tutela de un derecho social reconocido constitucionalmente. Nos estamos refiriendo a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Claude Reyes y otros contra Chile* en la cual se modificó la concepción más tradicional del derecho de libre expresión, incluyendo dentro de este derecho al acceso a la información como un derecho humano³¹².

Los hechos de la causa tienen su origen cuando, en el año 1998, el Comité de Inversiones Extranjeras del Estado de Chile no accede a entregar documentos relacionados con un proyecto de deforestación en un sector del sur de ese de una empresa forestal. La solicitud de información de una organización no gubernamental y de un parlamentario tenía como objetivo tener la documentación necesaria para estudiar el impacto ambiental del proyecto. La Corte estimó que no había una justificación válida para no acceder a la solicitud de información de los demandantes y condenó al Estado de Chile por la vulneración de los derechos de libertad de pensamiento y de expresión y por el derecho a la protección judicial, esto último por la falta de un recurso judicial efectivo para impugnar la negativa de brindar la información³¹³.

³¹⁰ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Hungarian Civil Liberties Union contra Hungría, de 14 de abril de 2009, párr. 35-39.

³¹¹ *Cfr.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Hungarian Civil Liberties Union contra Hungría, de 14 de abril de 2009, párr. 27. Con anterioridad se puede encontrar un primer cambio en la interpretación del TEDH sobre la noción de “libertad para recibir información” en la Sentencia Sdruzeni contra República Checa, de 10 de julio de 2006.

³¹² *Cfr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile, de 19 de septiembre de 2006, párr. 77.

³¹³ *Cfr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile, de 19 de septiembre de 2006.

Específicamente respecto al acceso a la información, es importante la argumentación utilizada por la Corte en la que queda claro que sólo excepcionalmente la información puede ser declarada por el Estado como reservada³¹⁴. Es, además, especialmente destacable señalar que la Corte Interamericana “*entiende que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales, crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo*”³¹⁵.

Nos parece particularmente relevante esta sentencia pues establece la obligación de los Estados de entregar la información de interés público y además entraña una concepción de democracia participativa donde los ciudadanos pueden ejercer un rol activo de control social en la fiscalización de las políticas públicas y exigir información a los organismos públicos. El principio básico tiene que ser el expresado en la sentencia: sólo en forma excepcional puede restringirse el alcance de los ciudadanos a los documentos generados con recursos públicos.

Además, esta demanda presentada ante el sistema interamericano de derechos humanos contribuyó al debate interno sobre iniciativas de reformas legales y constitucionales. Producto de dichas reformas, se aprobó la “Ley sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado” y una modificación a la Constitución chilena de 1980, introduciéndose un nuevo art. 8 que establece que: “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de*

³¹⁴ La Corte afirmó que “*en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile, de 19 de septiembre de 2006, párr. 92.

³¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile, de 19 de septiembre de 2006, párr. 98.

éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional?

Continuando en Chile pero ahora en el ámbito interno, podemos señalar que, antes de la mencionada reforma constitucional, tanto la jurisprudencia constitucional como los tribunales ordinarios fueron renuentes en brindar protección al derecho de acceso a la información³¹⁶ a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países latinoamericanos³¹⁷.

Siguiendo en Sudamérica, precisamente un caso que merece ser destacado por vincular de manera importante el acceso a la información con el derecho a las tierras de los pueblos indígenas es el de la *comunidad U'wa* resuelto por la Corte Constitucional colombiana en 1997³¹⁸. El litigio comenzó en sede constitucional cuando el Defensor del Pueblo presentó una acción de tutela contra el Ministerio de Medio Ambiente y la empresa Sociedad Occidental de Colombia Inc., en representación del Pueblo U'wa. La presentación perseguía la revocación de un permiso otorgado a la empresa demandada para la explotación de hidrocarburos en territorios tradicionales indígenas pues no se había llevado a cabo una debida consulta a las comunidades potencialmente afectadas por tal decisión. La Corte Constitucional colombiana estimó que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se había cumplido en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad U'wa a ser consultada formal y sustancialmente. Fundó su decisión en que la participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental por ser un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo

³¹⁶ CONTESSE SINGH, J., "La opacidad del Administrador y la indulgencia judicial: jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile", en *Libertad de Expresión en Chile*, Santiago de Chile, Publicaciones de la Universidad Diego Portales, 2006, pp.97-198.

³¹⁷ Se comentan varias sentencias sobre acceso a la información pública en relación a la protección de derechos sociales en ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, pp.194-198.

³¹⁸ *Cfr.* Corte Constitucional, Colombia: SU-39 de 1997, de 3 de febrero.

social³¹⁹. La Corte ordenó que se procediera a efectuar la consulta en el plazo de 30 días.

En Centroamérica, la Corte Suprema de Costa Rica también realizó importantes consideraciones en un proceso de amparo por la alegada infracción al art. 30 de la Constitución Política que consagra el derecho de acceso a los departamentos públicos con propósitos de información. La propia Sala Constitucional reconoce que estas garantías típicamente individuales trascienden al ámbito social y se convierten en verdaderos derechos prestacionales exigibles a la Administración Pública como un deber de transparencia y rendición de cuentas con la ciudadanía³²⁰.

3.4.2.- El caso español

En el caso de España durante el periodo franquista la ley 9/1968 sobre Secretos Oficiales, establecía en su art. 1 que los órganos del Estado “estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad”. La Constitución Española de 1978 innovó en esta materia reconociendo en su art. 105 b) el derecho de los ciudadanos de “*acceder a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*”.

³¹⁹ La Corte señaló que “*la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social*”. Corte Constitucional, Colombia: SU-39 de 1997, de 3 de febrero, párrafo I.3.3.

³²⁰ La Corte de Costa Rica señaló en la sentencia que “*El ordinal 30 de la Constitución Política regula el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, salvo los secretos de Estado. Esta garantía responde a una concepción más avanzada de los derechos constitucionales. Originalmente, éstos eran concebidos como instrumentos jurídicos de naturaleza defensiva en contra de las intervenciones arbitrarias y lesivas del Estado en la esfera privada de los administrados y contra su integridad. Con el tiempo, tales garantías se convirtieron en verdaderos derechos prestacionales del ciudadano frente a la Administración Pública, a quien se le puede exigir el cumplimiento de determinados comportamientos y acciones, sin cuya ejecución el disfrute de ciertas garantías constitucionales deviene ilusorio, vaciado de todo contenido real*”. Corte Suprema, Sala Constitucional, Costa Rica: Sentencia N° 2004-03407 de las 16:13 hrs. del 31 de marzo de 2004, Considerando III.

Después de más de una década, la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común reglamentó en su art. 37 lo dispuesto en el art. 105 b) CE, estableciendo que:

“Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

Otras disposiciones de la mencionada ley también son relevantes, pues reconocen el acceso a solicitar documentos específicos en la *“forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos”* (art.7), a acceder directamente en el caso de los investigadores que acrediten un interés histórico (art.7) y a obtener copias de los documentos en poder de la Administración pagando las exacciones correspondientes (art.8). Por otra parte, la Ley Orgánica 5/1992 del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (BOE N° 262, del 31/10/1992) regula el tratamiento de la información contenida en soporte informático.

No obstante las leyes citadas el Estado español es de los pocos países europeos –sólo está acompañado por Grecia, Chipre, Malta y Luxemburgo- que no ha aprobado una normativa específica sobre transparencia y acceso a la información de interés público. Ante esta situación el Gobierno ha anunciado que se buscará aprobar en esta legislatura una nueva ley que garantice el mayor acceso posible a la información pública en España.

En cuanto a la posibilidad de fundamentar una pretensión jurídica subjetiva a acceder a información de interés público con base a la libertad de expresión, parte de la doctrina constitucionalista española ha señalado que el derecho a recibir información se refiere a noticias y hechos de alcance general pero no al acceso a datos sobre personas concretas que obran en registros públicos. Esos supuestos no serían parte del derecho a la libertad de expresión e información reconocido en el

art. 20 CE sino del derecho a la intimidad establecido en el art. 18 y de lo dispuesto en el ya mencionado art. 105³²¹.

En nuestro concepto, creemos que es perfectamente posible utilizar estrategias judiciales en las cuales, apoyándose en lo dispuesto en el art. 105 b) CE, se elaboren construcciones jurídicas que asuman a la libertad de expresión en un sentido que comprenda en dicho derecho el de acceso a la información pública. Una argumentación de este tipo se podría fundamentar en diversos preceptos constitucionales como el art. 1.1 que establece que España se configura como un Estado democrático de Derecho. Además, en el caso que la información requerida tenga vinculación con derechos sociales contenidos en el texto constitucional las solicitudes o –en caso de denegación– los recursos judiciales podrían también cimentarse en los específicos preceptos constitucionales que regulan esos derechos sociales constitucionales. En último término, creemos que si la jurisprudencia ordinaria o constitucional aceptara un planteamiento como el descrito estaría recogiendo, en conformidad al art. 10.2 CE, la reciente doctrina del TEDH sobre el derecho al acceso a la información pública.

³²¹ DIÉZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2008, p.335.

CONCLUSIONES

Como señalamos en la introducción de este trabajo, en su desarrollo buscaríamos defender principalmente tres tesis. Recordémoslas. En la primera tesis planteábamos que *los derechos sociales pueden ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales, sea de manera directa o indirecta*. Enseguida, afirmamos que nuestro segundo postulado sería que *en un Estado social constitucional de Derecho en el que se busca proteger los valores de igual dignidad y autonomía personal, los derechos sociales deben tener, en las constituciones, el mismo estatus jurídico y protección por parte de la justicia constitucional que los clásicos derechos civiles*. Por último, como tercera tesis, señalamos que habríamos sostenido *que todos los derechos consagrados en la Constitución española de 1978 deben ser considerados como plenamente exigibles para los poderes del Estado*.

Todas las tesis anteriores son parte de una concepción que busca rebatir las distintas ideas que postulan que los derechos sociales no son auténticos derechos, que no son exigibles o que son menos relevantes que los derechos civiles y políticos. En el desarrollo del trabajo pudimos constatar como estos planteamientos están en la base del proceso histórico de reconocimiento de los derechos sociales y en la existencia de una regulación diferenciada –y, en muchos casos, devaluada- de estos derechos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, la primera conclusión que podemos plantear es precisamente la referida a la inserción de los derechos sociales en el proceso de reconocimiento de los derechos humanos. Al respecto, podemos afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales han surgido dentro de la evolución de los derechos humanos como parte de la transformación del Estado de Derecho que de tener un componente meramente liberal ha pasado a convertirse en “social”. Lo anterior ha significado que los DESC se han calificado como “derechos de segunda generación” en contraposición a los derechos civiles y políticos que serían los “de primera generación”. Sin embargo, a nuestro juicio, esas denominaciones pueden

producir confusiones y, sobre todo, reafirmar el concepto de que existen categorías de derechos humanos superiores a las demás. Es por ello que preferimos referirnos a las distintas etapas de la evolución de los derechos humanos desde otra perspectiva, esto es, hablando de positivación, extensión, internacionalización y especificación.

En el marco de esa evolución histórica de los derechos humanos, surgió la noción de Estado social como una fórmula con un fuerte compromiso igualitario y redistribuidor de la riqueza. Se trata de una variante del Estado de Derecho que, manteniendo sus principios básicos –entre los cuales se encuentra el respeto a los derechos civiles y políticos-, agrega el objetivo de asegurar ciertos niveles mínimos de acceso a bienes sociales básicos como, entre otros, la educación, la salud y la previsión social. En las últimas décadas nos hemos enfrentado a lo que se ha denominado “crisis del Estado social” y se han planteado críticas a dicha noción desde distintos sectores. Sin embargo, a nuestro juicio, precisamente las diversas crisis económicas que se han experimentado en los últimos treinta años mantienen la vigencia de las ideas y políticas formuladas bajo la noción de Estado social puesto que dichas crisis han ocurrido en ámbitos de la actividad económica donde existe “menos Estado” y “más mercado” sin regulación ni gasto público. Por lo anterior hemos defendido en nuestra pesquisa que aunque el Estado social puede ser reexaminado y actualizadas algunas de sus políticas, sus objetivos principales permanecen incluso con más fuerza que hace medio siglo atrás.

En el ámbito del Derecho Internacional, los DESC se encuentran recogidos en múltiples textos jurídicos, tanto en el marco de las Naciones Unidas como a nivel regional pero no tienen las mismas garantías que los DCP. Sin duda, el principal tratado que consagra los derechos sociales es el PIDESC, vigente desde 1976. En el mecanismo de control se encuentra, a nuestro entender, la principal deficiencia de esta Convención ya que no se contempló por mucho tiempo un procedimiento de reclamos individuales como en el caso de la mayoría de los tratados de derechos humanos. Por ello, es de fundamental importancia la reciente adopción de un

Protocolo Facultativo al PIDESC que permitirá la interposición de quejas individuales cuando se violen sus disposiciones.

En el ámbito de las políticas económicas, los DESC debieran sin duda ser considerados en un mayor nivel de protección y garantía de cara a su consolidación, tanto por los Estados como por los organismos financieros internacionales. Si bien el Comité de DESC ha dejado en claro que no tiene opinión ni preferencia alguna sobre el modelo político y económico de cada Estado Parte, afirmando que su única preocupación es que se respeten los derechos contenidos en el Pacto, ha destacado una serie de obligaciones que tienen los gobiernos al momento de diseñar sus políticas económicas. También debemos señalar que aunque todos los Estados Partes del PIDESC tienen que cumplir con las disposiciones del Pacto de manera inmediata, existen para los países más pobres indudables dificultades en la realización de algunos de los derechos sociales más básicos. Ante un mundo aun con dramáticas desigualdades económicas, creemos que debe generarse un nuevo marco económico mundial en el cual algunos de los objetivos sean: cambiar las prioridades de los organismos financieros internacionales; solucionar las contradicciones existentes en el seno de la ONU; incorporar estudios de impacto en los DESC en las políticas de ajuste; condonar la deuda externa de los países en desarrollo; buscar disminuir las desigualdades de todo tipo existentes al interior de los países y a nivel internacional y aumentar la cantidad y eficiencia de la Ayuda Oficial al Desarrollo.

En cuanto al reconocimiento de los derechos sociales en el contexto del Derecho Europeo, el principal tratado es la Carta Social Europea. Sin embargo, debemos señalar que también en este caso estos derechos tienen una protección más débil que la existente en los tratados que contienen derechos civiles y políticos. En efecto, aunque se hayan realizado a lo largo de sus décadas de funcionamiento varias reformas que han actualizado su contenido y perfeccionado sus mecanismos de control, su relevancia dista mucho de la que ha tenido la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege los derechos civiles y políticos en el marco del

Consejo de Europa. Además, la existencia de dos convenciones autónomas (la Carta Social Europea y la Carta Social Europea revisada), la adopción de los sucesivos protocolos adicionales sólo por parte de algunos Estados y la posibilidad de elegir los derechos “a la carta”, han significado una multiplicidad de regímenes jurídicos distintos entre los países, lo que dificulta el camino hacia una verdadera “Europa social”.

Respecto a la Unión Europea, como es sabido la consagración de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario ha sido lenta y dificultosa. Un papel de suma importancia le ha correspondido al TJUE que a través de su jurisprudencia ha contribuido a extender la competencia de la Unión primero al ámbito de algunos derechos civiles y, posteriormente, de manera más limitada, a los DESC. Un paso adelante está constituido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en el año 2000, que contempla por primera vez a nivel europeo, de manera conjunta, una lista de derechos civiles y derechos sociales, en conformidad a la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

De las reflexiones anteriores se puede desprender, según hemos dicho, que el planteamiento que visualiza a los derechos sociales como derechos menos fundamentales o como derechos no justiciables, no ha dejado de tener incidencia. Así, se busca representar a los derechos sociales como derechos de “segunda categoría” –con la clasificación de las “generaciones”- y se los concibe como no exigibles judicialmente –estableciendo garantías rebajadas en los tratados internacionales-.

Respecto específicamente a la idea de la inexigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales, en este trabajo intentamos ir enfrentando uno a uno los diversos argumentos que se han esgrimido en defensa de ese postulado. Nuestra primera tesis fue justamente que los derechos sociales pueden ser alegados ante los órganos jurisdiccionales, sea de manera directa o indirecta. En nuestra opinión, algunas de las

críticas más comunes a la justiciabilidad de los derechos sociales pueden ser fácilmente refutadas.

Es el caso, en primer lugar, del planteamiento que a) los derechos sociales responden a fines colectivos adoptando la forma de derechos en contra de la comunidad y no de auténticos derechos subjetivos. Ese supuesto carácter de derechos colectivos impediría que los derechos sociales puedan ser reclamados ante los tribunales de justicia de acuerdo a la clásica noción de derecho subjetivo de Kelsen. Frente a esta idea, respondimos que se debe distinguir entre la titularidad de los derechos y su ejercicio pues aunque existen derechos sociales que requieren ser ejercidos en forma colectiva otra cuestión es su titularidad, que sólo les corresponde a los miembros del grupo. Asimismo, hicimos presente que la justiciabilidad de los derechos subjetivos es una cuestión de grado respecto de todos los derechos fundamentales, sean éstos civiles, políticos o sociales y que en el caso de los derechos sociales existen ciertas obligaciones mínimas establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional comparada que, en caso que no sean cumplidas, permiten recurrir ante los órganos jurisdiccionales. En segundo lugar, nos opusimos a la idea de que b) los derechos sociales no pueden ser exigibles por tratarse de “derechos positivos”, señalando que todos los derechos humanos requieren para su adecuado desarrollo del cumplimiento de distintos tipos de obligaciones que tienen facetas de abstención y de acción y que se pueden esquematizar en obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos. También abordamos otro postulado frecuente: c) que los DCP y los DESC se encuentran en una relación de confrontación, y sostuvimos nuestro consenso con la idea que se ha ido imponiendo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: las distintas clases de derechos son indivisibles e interdependientes y deben ser considerados como un todo continuo y no como compartimientos estancos. Igualmente, nos opusimos a otra de las principales objeciones a la justiciabilidad de los derechos sociales: d) que los derechos sociales dependen de la disponibilidad económica. En este caso, no desconocimos que la realización de los derechos requiere frecuentemente de un alto nivel de gasto

público, pero a través de varios ejemplos manifestamos que el problema del “costo de los derechos” atañe tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales. En quinto lugar, revisamos otro cuestionamiento frecuente a la justiciabilidad de los derechos sociales: e) su supuesta incompatibilidad con el principio democrático de la división de poderes. Argumentamos que la noción de Estado de Derecho ha evolucionado y en la actualidad se asume que los diversos órganos del Estado se controlan mutuamente y entran en continuas relaciones recíprocas y que los tribunales no pueden desentenderse del incumplimiento flagrante de preceptos constitucionales, sea que se trate de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. En último término, frente a la idea de que f) los derechos sociales no pueden ser exigibles ante los órganos jurisdiccionales debido a la inexistencia de mecanismos de garantía y a problemas de técnica jurídica, respondimos básicamente de dos formas. Primero, afirmando que el hecho que un derecho no tenga los correspondientes medios de tutela jurisdiccional puede eventualmente dificultar su realización pero no significa que un derecho deje de serlo y más bien debe traducirse en que se establezcan las garantías correspondientes. En segundo lugar, acerca de las dificultades de técnica jurídica señalamos que la indeterminación no es exclusiva de los derechos sociales y es más bien consustancial al discurso de los derechos.

Los planteamientos anteriores fueron desarrollados en el capítulo IV de nuestro trabajo mientras en los capítulos V, VI y VII defendimos las otras dos tesis que enunciamos en la introducción. Refirámonos, en primer término, a la forma en que abordamos la segunda tesis anunciada, esto es, que *en un Estado social constitucional de Derecho en el que se busca proteger los valores de igual dignidad y autonomía personal, los derechos sociales deben tener, en las constituciones, el mismo estatus jurídico y protección por parte de la justicia constitucional que los clásicos derechos civiles.*

Desarrollamos esta tesis de dos formas. Abordando primero la cuestión de la regulación constitucional de los derechos sociales y, después, su protección por parte de los jueces constitucionales. En cuanto a lo primero, nos referimos a los argumentos favorables y contrarios al reconocimiento constitucional de los derechos

sociales, adscribiendo a la postura que defiende la consagración en los textos constitucionales de los derechos sociales. Tal como lo hicimos en el capítulo IV respecto a la supuesta inexigibilidad de los derechos sociales, en esta parte analizamos los principales argumentos que suelen plantearse para esgrimir que esta clase de derechos no debieran ser constitucionalizados. Así, revisamos a) su supuesto carácter no fundamental; b) la idea de que su reconocimiento constitucional afectaría el carácter pluralista que tienen que tener las constituciones; c) que estos derechos no son absolutos y que colisionarían inevitablemente con los derechos fundamentales civiles y políticos; y, por último, volvimos sobre d) la idea de la no justiciabilidad de los derechos sociales pero, en este caso, como argumento sostenido específicamente en relación a su reconocimiento constitucional.

Siempre en lo referente a la constitucionalización de los derechos sociales, revisamos críticamente la forma en que ellos están regulados en las constituciones de algunos países. Los modelos abordados fueron los de Alemania, Italia, Chile, Colombia y Sudáfrica. La regulación de los derechos sociales en esos ordenamientos jurídicos resultó de interés por razones diferentes. Así, en el caso de Alemania pudimos constatar que sólo unos pocos derechos sociales se encuentran regulados en de la Ley Federal Alemana de 1949 pero que otros han sido derivados de la cláusula del Estado social de Derecho del art. 20 y por conexión con otras disposiciones constitucionales. El modelo italiano tiene, en cambio, características distintas. Como es sabido, en la Constitución italiana de 1947 se optó por incorporar al texto constitucional una larga lista de derechos sociales y, además, se consagró en el art. 3.2 un mandato a los poderes públicos a fin de que persigan la igualdad sustancial. En el caso de los modelos de reconocimiento de derechos sociales de los países sudamericanos que fueron objeto de nuestro estudio también mostraron tener rasgos diferentes. Por un lado, la Constitución chilena de 1980 reconoció de manera debilitada los derechos sociales pues algunos no aparecen mencionados y respecto a otros se reconoce la posibilidad de “acceder libremente” al derecho social pero no se garantiza el derecho sustantivo mismo. Por otro lado, tenemos el caso de la constitución colombiana de 1991, que contiene una extensa enumeración de

derechos sociales, resaltando la ampliación de los derechos laborales y las disposiciones vinculadas a la protección de las mujeres y de grupos específicos como los niños, los ancianos y las personas discapacitadas. Pero, más allá de su regulación concreta de específicos derechos sociales fundamentales, la diferencia entre los modelos chileno y colombiano estriba también en que, mientras el texto constitucional chileno en sus disposiciones denominadas como “orden público económico” establece el rol subsidiario del Estado en la economía, la Constitución de Colombia define en su art. 1 al Estado colombiano como un Estado social de Derecho y contiene diversas normas con un fuerte compromiso igualitario. Por último, examinamos el caso sudafricano, que fue especialmente interesante debido a que la Constitución sudafricana de 1996 regula todos los derechos fundamentales conjuntamente en un mismo capítulo y establece las mismas garantías para su protección, quebrando los tradicionales argumentos de aquellos que han sostenido que los derechos civiles y políticos son directamente justiciables mientras los derechos sociales son de libre configuración del legislador.

Como señalamos, la otra idea que se desprende de la segunda tesis planteada, es que la protección por parte de la justicia constitucional de los derechos sociales constitucionales es igualmente relevante que en el caso de los clásicos derechos civiles para la finalidad de resguardar los valores de igual dignidad y autonomía personal. El abordaje de este postulado fue similar al utilizado para defender el reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Así, hicimos frente a los argumentos de las posiciones que rechazan a la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales y, enseguida, desarrollamos en extenso las ideas que han sido empleadas para articular la defensa de la intervención de la justicia constitucional en materia de derechos sociales. Al ser, entre todos los argumentos contrarios al desempeño de los jueces constitucionales en materia de derechos sociales, el más atendible el de la objeción democrática, dedicamos un apartado a mostrar una respuesta que nos parece particularmente bien planteada: la realizada por los exponentes de la concepción de la democracia deliberativa. Desde esa postura, se ha argumentado que la intervención de los jueces constitucionales en la protección de derechos sociales no sólo es positiva desde una perspectiva

democrática porque los sistemas de justicia constitucional pueden constituirse en verdaderos foros deliberativos sino también porque la exigencia de cumplimiento de ciertos estándares de realización de los derechos sociales es imprescindible si se pretende que el diálogo democrático se desarrolle con un piso mínimo de condiciones reales de participación. La justicia constitucional puede tener un rol en la protección de los derechos sociales constitucionales pues el legislador no es el dueño exclusivo de los derechos sociales ni de los derechos fundamentales en general. Su protección y defensa corresponde a todas las instituciones y poderes públicos además del rol imprescindible que le cabe a la ciudadanía organizada.

Sobre el papel de la justicia constitucional en la realización de los derechos sociales ha sido importante también la revisión de los cinco modelos de protección constitucional de los derechos sociales mencionados anteriormente. Describimos las principales características de la jurisprudencia constitucional de esos países y pudimos así observar que el Tribunal Constitucional alemán ha garantizado derechos sociales un rango constitucional, otorgando eficacia jurídica a la fórmula del Estado social, y que la Corte Constitucional italiana, habiendo pasado por diversas etapas en sus pronunciamientos sobre los derechos sociales constitucionales, le ha dado especial protección a través del principio de igualdad y de técnicas que han buscado un equilibrio entre el respeto a las competencias del legislador y la necesidad de resguardar el contenido mínimo de todos los derechos constitucionales. En el caso de la justicia constitucional chilena, no obstante la tutela debilitada configurada por el constituyente, se ha podido brindar cierta protección a los derechos sociales a través de su conexión con los derechos civiles y, en especial, con el derecho de propiedad. Pero, sin duda, donde la justicia constitucional ha realizado una labor de enorme calado en la tutela de los derechos sociales, ha sido en Colombia y Sudáfrica. En el primer caso, la Corte ha revertido el tratamiento devaluado de los derechos sociales en la Constitución colombiana en lo referente a las garantías, destacando su jurisprudencia referente al contenido mínimo de los derechos sociales, el principio de progresividad y la obligación de no retroceso. Respecto a la Corte Constitucional sudafricana podemos señalar que ha cumplido

un rol relevante en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, sobresaliendo su revisión de la “razonabilidad” de las políticas públicas, la protección de los derechos sociales por conexión con el principio de igualdad y la exigencia del cumplimiento de la obligación de “respetar” los derechos establecida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Nuestro análisis de la jurisprudencia constitucional de los derechos sociales no se limitó a la descripción de las principales características de los cinco ordenamientos jurídicos citados. En la parte final del capítulo V intentamos aproximarnos, de manera sistemática, a los distintos tipos de pronunciamientos que puede adoptar un juez constitucional cuando debe resolver asuntos vinculados con derechos sociales. Pudimos comprobar que la justicia constitucional tiene diversas posibilidades que varían dependiendo de la naturaleza concreta de la cuestión y de las características del ordenamiento jurídico particular de que se trate. Las diferentes modalidades de intervención de los jueces constitucionales en materia de derechos sociales pueden clasificarse entre las que resuelven casos concretos con efectos “*inter partes*” y las que se pronuncian con efectos generales con un control de constitucionalidad de una ley, sea a través de un control concreto o abstracto. La jurisdicción constitucional que resuelve casos individuales con efecto “*inter partes*” es la que acarrea menos dificultades desde una perspectiva democrática, puesto que es evidente que cuando los efectos de la sentencia del juez constitucional se limitan al asunto concreto que ha sido sometido a su conocimiento, la posibilidad de entrar en conflictos con otros poderes del Estado se reduce. En el caso del control constitucional de las leyes, si bien genera mayores dificultades en relación a la objeción democrática, en el trabajo confirmamos lo señalado por parte de la doctrina en el sentido que el juez constitucional tiene diversas posibilidades y no debe quedar pasivo ante flagrantes violaciones de derechos sociales constitucionales por parte del legislador.

En cuanto a la tercera tesis planteada, dijimos que, a nuestro juicio, todos los derechos consagrados en la Constitución española de 1978 deben ser considerados como plenamente exigibles para los poderes del Estado. En efecto, no obstante que

la Constitución española de 1978 pueda ser catalogada entre aquellas que tienen una regulación “devaluada” de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, ello en ningún caso debe entenderse en el sentido que éstos carezcan por completo de eficacia jurídica. Debe considerarse, en primer lugar, que en el texto constitucional español los derechos sociales se encuentran regulados de distintas maneras y con distintos niveles de garantías jurisdiccionales y no-jurisdiccionales. Así, si bien la mayoría de los derechos de contenido socioeconómico están establecidos en el Capítulo III del texto constitucional como “principios rectores de la política social y económica”, otros se encuentran consagrados en las secciones I y II del Capítulo II. En especial, respecto de los derechos contenidos en la Sección I, esto es, el derecho a la educación, a la libre sindicación, a la huelga y los derechos sociales de los presos, no puede desconocerse su importante densidad jurídica ya que pueden ser protegidos a través del recurso de amparo. En todo caso, en nuestra opinión, todos los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el texto constitucional deben ser considerados como verdaderas normas jurídicas y en lo absoluto concebirse como simples disposiciones programáticas.

Más aún, después de haber descrito la forma en que confluyen en el ordenamiento español diversos planos de regulación y tutela de los derechos sociales constitucionales, podemos compartir lo señalado por varios autores en el sentido de que el modelo español se configura como una “estructura multinivel” de protección de derechos fundamentales, en general, y de derechos sociales fundamentales, en particular. En esta estructura multinivel intervienen la regulación de los derechos sociales realizada en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comunitario y, en el ámbito nacional, la existencia de derechos sociales constitucionales y su desarrollo por parte de los Estatutos de Autonomía. Sostenemos de esta manera que no es posible entender la realización de los derechos sociales constitucionales con una mirada encerrada en la antigua visión del Estado-Nación sin considerar las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ni la influencia que tienen en su adecuado desarrollo la mundialización económica y el proceso de integración europea. Por otra parte, la

forma de entender el principio del Estado autonómico y el sistema de competencias entre el Estado y las CCAA ha tenido un nuevo impulso con las recientes reformas a los Estatutos de Autonomías, vislumbrándose la existencia de una relación cada vez más estrecha entre los derechos sociales constitucionales y los derechos sociales estatutarios.

En ese contexto, nos parece que la justicia constitucional española no puede quedarse en una interpretación originalista (concebida como aquella que aplica el significado que tenía en el momento de su adopción), que consagró un modelo debilitado de protección de los derechos sociales constitucionales y, en cambio, debe conjugar el conjunto del texto constitucional con los diversos planos normativos que inciden en su desarrollo y realización. De esta forma, el juez constitucional puede interpretar los derechos y principios constitucionales vinculados al Estado social considerando todos los elementos anteriores pero siempre, a nuestro entender, protegiendo y resguardando un cierto contenido mínimo emanado de los derechos sociales constitucionales.

En el capítulo VII –el último y más extenso de nuestro trabajo– buscamos desarrollar de manera conjunta las tres tesis sostenidas en los capítulos anteriores, revisando distintas formas empleadas para lograr la exigibilidad de los derechos sociales ante los jueces constitucionales y, en menor medida, ante las cortes internacionales de derechos humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para ello, distinguimos mecanismos de justiciabilidad directa y mecanismos de justiciabilidad indirecta como formas de exigir el cumplimiento jurisdiccional de los derechos sociales. En el marco del estudio de los primeros, analizamos: a) la exigibilidad de los derechos sociales constitucionales respecto a los particulares; b) la eficacia jurídica de la cláusula del Estado social, c) la aplicación del principio de progresividad a los derechos sociales, d) el contenido esencial de los derechos sociales; e) el principio de no regresividad de los derechos sociales; f) la inconstitucionalidad por omisión y, por último, g) las acciones populares y/o colectivas para tutelar los derechos sociales. Respecto a la justiciabilidad indirecta examinamos: a) la aplicación del principio de igualdad a los derechos sociales, tanto

en su vertiente formal como sustancial; b) su realización a través de las normas del debido proceso y la tutela judicial efectiva; c) su justiciabilidad por medio de los derechos civiles y políticos y, por último, d) la relación existente entre los principios de acceso a la información y transparencia con las políticas públicas vinculadas a los derechos sociales constitucionales. En todos estos casos, revisamos jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y de otros países, así como de tribunales regionales de derechos humanos, demostrando una realidad práctica que va más allá de los debates teóricos: los derechos sociales pueden ser justiciables, en especial a través de estrategias creativas que relacionan las distintas clases de derechos humanos.

CONCLUSIONI

Nell'introduzione abbiamo anticipato che in questa disamina avremmo cercato di difendere principalmente tre tesi. Ricordiamole. Nella prima tesi annunciata abbiamo affermato *che i diritti sociali possono farsi valere dinanzi ai tribunali, direttamente o indirettamente*. In secondo luogo, la nostra seconda ipotesi era che *in uno Stato sociale costituzionale di Diritto che mira a tutelare i valori di pari dignità e autonomia personale, i diritti sociali devono avere, nelle costituzioni, lo stesso status giuridico e la stessa tutela da parte della giustizia costituzionale che i classici diritti civili*. Infine, abbiamo detto che la terza tesi che avremmo difeso sarebbe stata *che tutti i diritti sanciti dalla Costituzione spagnola del 1978 devono essere considerati pienamente esigibili agli organi statali*.

Tutte queste tesi sono parte del tentativo di ribattere le affermazioni di coloro che sostengono la posizione che i diritti sociali non sono veri e propri diritti, che non sono tutelabili in sede giurisdizionale e che possiedono un valore inferiore rispetto ai diritti civili e politici. Nel corso del lavoro si è potuto constatare come questi approcci siano alla base del processo storico di riconoscimento dei diritti sociali e dell'esistenza di un riconoscimento differenziato –e, in molti casi, svalutato– di questi diritti nel Diritto Internazionale dei Diritti Umani.

In questo contesto, la prima conclusione che possiamo rilevare è proprio sull'inclusione dei diritti sociali nel processo di riconoscimento dei diritti umani. Possiamo affermare che i diritti economici, sociali e culturali sono emersi nell'evoluzione dei diritti umani come parte della trasformazione dello Stato di diritto che, avendo in un primo momento un carattere puramente liberale, è diventato anche "sociale". Questo ha fatto sì che i diritti sociali siano stati descritti come "diritti di seconda generazione" in contrapposizione ai diritti civili e politici che sarebbero di "prima generazione". Tuttavia, riteniamo che queste denominazioni possano causare confusione e, soprattutto, riaffermare il concetto che esistono diverse categorie di diritti umani e alcune si troverebbero al di sopra delle altre. Questo è il motivo per cui nel nostro caso si preferisce far riferimento

alle diverse fasi dell'evoluzione dei diritti umani da un'altra prospettiva, cioè utilizzando le nozioni di positivazione, espansione, internazionalizzazione e specificazione.

Nel contesto dell'evoluzione storica dei diritti umani, è emerso il concetto di Stato sociale come una formula con una forte matrice egualitaria e di redistribuzione della ricchezza. Si tratta di una variante dello Stato di Diritto che, mantenendo i suoi principi fondamentali -tra i quali si trova il rispetto per i diritti civili e politici-, aggiunge l'obiettivo di garantire determinati livelli minimi di accesso a beni sociali come, tra gli altri, l'istruzione, la salute e la previdenza. Negli ultimi decenni ci siamo trovati di fronte a un fenomeno definito "crisi dello Stato sociale" e sono state formulate critiche alla nozione di Stato sociale da diversi settori. Tuttavia, a nostro parere, proprio le varie crisi economiche vissute negli ultimi trent'anni hanno mantenuto la validità delle idee e delle politiche sviluppate nell'ambito del concetto di Stato sociale, perché queste crisi si sono verificate in settori dell'attività economica in cui esiste "meno Stato" e "più mercato", senza regolamentazione né spesa pubblica. Pertanto, abbiamo difeso nella nostra ricerca che, sebbene lo Stato sociale possa essere riesaminato e si possano aggiornare alcune delle sue politiche, i suoi principali obiettivi rimangono inalterati e con ancora più forza di mezzo secolo fa.

Nel campo del Diritto Internazionale, i diritti economici, sociali e culturali sono elencati in molti testi giuridici, sia in seno alle Nazioni Unite che a livello regionale, ma non hanno le stesse garanzie dei diritti civili e politici. Senza dubbio, il principale trattato che sancisce i diritti sociali è il Patto Internazionale relativo ai Diritti Economici, Sociali e Culturali, adottato nel 1966 e in vigore dal 1976. L'elenco dei diritti che contiene è molto vasto e per illustrare il suo contenuto è stato molto importante il lavoro del Comitato per i Diritti Economici, Sociali e Culturali che ha elaborato a partire dal 1985 le sue Osservazioni Generali sulle disposizioni del Patto e ha monitorato il rispetto degli obblighi degli Stati parti attraverso un sistema di rapporti periodici. Tuttavia, proprio nel meccanismo di controllo troviamo, a nostro avviso, la principale lacuna del Patto in questione dato

che per molto tempo è mancata una procedura per i reclami dei singoli individui, come nel caso della maggior parte dei trattati sui diritti umani. È quindi di fondamentale importanza la recente adozione di un Protocollo Facoltativo al Patto Internazionale relativo ai Diritti Economici, Sociali e Culturali che consentirà la presentazione di reclami individuali in caso di violazione delle sue disposizioni.

Nel campo delle politiche economiche, i diritti economici, sociali e culturali dovrebbero certamente essere considerati maggiormente in quanto alla loro tutela e protezione, sia da parte degli Stati che dalle organizzazioni finanziarie internazionali. Anche se il Comitato per i diritti Economici, Sociali e Culturali ha chiarito di non avere un parere o preferenza sul modello politico ed economico che deve seguire ogni Stato parte, sostenendo che la sua unica preoccupazione è che si rispettino i diritti contenuti nel Patto, ha evidenziato una serie di obblighi che i governi devono considerare quando pianificano le loro politiche economiche. Dobbiamo notare inoltre che, anche se tutti gli Stati parti del Patto devono eseguire le loro disposizioni in maniera immediata, per i paesi più poveri esistono indubbe difficoltà di eseguire alcuni dei più elementari diritti sociali. Di fronte a un mondo ancora con grandi disparità economiche, crediamo che si debba progettare una nuova struttura economica in cui alcuni obiettivi siano i seguenti: modificare le priorità delle istituzioni finanziarie internazionali; risolvere le contraddizioni in seno alle Nazioni Unite; includere studi vincolati ai diritti economici, sociali e culturali nella formulazione di politiche deflazionistiche e di disciplina fiscale; cancellazione del debito estero per i paesi in via di sviluppo; cercare di ridurre le disparità esistenti all'interno dei paesi e a livello internazionale e aumentare la quantità e l'efficacia dell'assistenza ufficiale allo sviluppo.

Per quanto riguarda il riconoscimento dei diritti sociali nel contesto del Diritto Europeo, il principale trattato è la Carta sociale europea, ma si deve notare che in questo caso i diritti contenuti in tale trattato possiedono meccanismi di protezione più deboli di quelli esistenti nei trattati sui diritti civili e politici. Infatti, anche se si sono attuate varie riforme durante i decenni di funzionamento della

Carta sociale europea che hanno aggiornato e perfezionato i suoi meccanismi di controllo, la sua rilevanza è ben lontana da quella della Convenzione Europea sui Diritti Umani che protegge i diritti civili e politici in seno al Consiglio d'Europa. Inoltre, l'esistenza di due convenzioni autonome (la Carta sociale europea e la Carta sociale europea riveduta), l'adozione di successivi protocolli solo da parte di alcuni Stati membri e la possibilità di scegliere il diritto "*on demand*", si traducono in una molteplicità di regimi giuridici diversi tra i vari paesi, il che rende più difficile il percorso verso una vera e propria "Europa sociale".

Per quanto riguarda l'Unione Europea, è risaputo come la consacrazione dei diritti fondamentali nel diritto comunitario sia stata lenta e difficile. In quest'opera ha avuto un ruolo fondamentale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che attraverso la sua giurisprudenza ha contribuito a estendere la competenza dell'Unione, in un primo momento in relazione ad alcuni diritti civili e, più tardi e in modo più limitato, ai diritti economici, sociali e culturali. Un ulteriore passo è costituito dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che prevede per la prima volta a livello europeo in maniera congiunta, un elenco dei diritti civili e diritti sociali, in conformità con l'idea di indivisibilità e interdipendenza dei diritti umani.

Dalle considerazioni formulate anteriormente è possibile concludere, come avevamo del resto anticipato, che l'approccio che considera i diritti sociali come diritti meno fondamentali o come diritti non giustiziabili, non ha cessato di avere un certo riscontro nelle normative internazionali. In questo modo si rappresentano i diritti sociali come diritti di "seconda classe" –attraverso la classificazione delle "generazioni dei diritti"- e vengono considerati come non esigibili dinanzi ai tribunali –stabilendo garanzie ridotte nei trattati internazionali-.

Per quanto concerne in particolare l'idea della non giustiziabilità dei diritti sociali, il presente documento si è proposto di affrontare uno per uno i vari argomenti avanzati in difesa di questo postulato. La nostra prima tesi è stata precisamente che i diritti sociali possono farsi valere dinanzi ai giudici, sia

direttamente che indirettamente. A nostro avviso, alcune delle critiche più comuni alla giustiziabilità dei diritti sociali possono essere facilmente confutate.

Ciò vale, in primo luogo, per l'approccio secondo il quale a) i diritti sociali rispondono a finalità collettive, assumendo la forma di diritti nei confronti della comunità e non di reali diritti soggettivi. Questa caratteristica di diritti collettivi impedirebbe che i diritti sociali possano essere garantiti in sede giurisdizionale in conformità alla classica nozione di diritto soggettivo di Kelsen. Di fronte a questa idea abbiamo risposto che è necessario distinguere tra la titolarità dei diritti e il loro esercizio perché, anche se alcuni diritti sociali possono realizzarsi effettivamente attraverso un esercizio collettivo, un'altra questione è quella della loro titolarità che corrisponde solo ai membri del gruppo. Inoltre, abbiamo fatto presente che la giustiziabilità dei diritti soggettivi è una questione realizzabile a livelli diversi rispetto a tutti i diritti fondamentali, sia civili, politici o sociali e che, nel caso dei diritti sociali, ci sono alcuni requisiti minimi stabiliti dal Diritto Internazionale dei Diritti Umani e dalla giurisprudenza costituzionale comparata che, se non rispettati, permettono di fare ricorso ai tribunali. In secondo luogo, ci siamo opposti all'idea che b) i diritti sociali non siano applicabili a causa della loro natura di "diritti positivi", affermando che tutti i diritti necessitano per la loro realizzazione di prestazioni di diversi tipi che comprendono obblighi di omissioni e di interventi che possono essere riassunti in obblighi di rispettare, proteggere ed attuare i diritti. Abbiamo anche affrontato un altro presupposto comune cioè che: c) i diritti civili e politici da una parte e i diritti economici, sociali e culturali dall'altra si trovano in un rapporto di contrapposizione e abbiamo sostenuto il nostro consenso con un'idea che è riuscita a imporsi nel Diritto Internazionale dei Diritti Umani: i diritti delle diverse categorie sono indivisibili e interdipendenti e devono essere considerati come un *continuum* e non come compartimenti stagni. Abbiamo affermato la nostra contrarietà anche a un'altra obiezione alla giustiziabilità dei diritti sociali: d) i diritti sociali dipendono dalla quantità delle risorse disponibili. In questo caso, non estranei al fatto che la realizzazione dei diritti spesso richiede un elevato livello di spesa pubblica, attraverso vari esempi abbiamo rilevato che il problema del "costo dei

diritti” sia comune ai diritti civili, politici, economici, sociali e culturali. In quinto luogo, abbiamo esaminato un altro frequente argomento che si oppone alla giustiziabilità dei diritti sociali: e) la loro presunta incompatibilità con il principio democratico della separazione dei poteri. Al rispetto, abbiamo sostenuto che la nozione di Stato di Diritto si è evoluta fino a supporre che i vari organi dello Stato si controllino reciprocamente ed entrino in continui rapporti e che i tribunali non possano ignorare le palesi inadempienze delle proprie norme costituzionali, sia che si tratti di diritti civili e politici o di diritti economici, sociali e culturali. In ultima analisi, di fronte all’idea che f) i diritti sociali non possono essere richiesti in sede giurisdizionale per la mancanza di meccanismi di garanzia e per l’esistenza di problemi di natura giuridica, abbiamo risposto in due modi. In primo luogo, precisando che sebbene bisogna riconoscere che quando non si stabiliscono le forme di tutela di un diritto ciò può eventualmente rendere più complessa la sua realizzazione, questo non significa che il diritto riconosciuto cessi di esserlo e che invece si debba fare il possibile per porre fine alla mancanza del legislatore. In secondo luogo, sulle difficoltà di natura giuridica abbiamo fatto notare che l’indeterminatezza non è esclusiva dei diritti sociali ma è inerente al discorso dei diritti.

Le considerazioni precedenti sono state sviluppate nel capitolo IV del nostro lavoro, mentre nei capitoli V, VI e VII abbiamo sostenuto le due tesi annunciate nell’introduzione. Occupiamoci, in primo luogo, di descrivere il modo in cui abbiamo affrontato la seconda tesi annunciata, cioè che *in uno Stato sociale costituzionale di Diritto in cui si pretende proteggere i valori di pari dignità e autonomia personale, i diritti sociali devono avere nelle costituzioni lo stesso status giuridico e la stessa protezione da parte della giustizia costituzionale dei classici diritti civili.*

Abbiamo sviluppato questa tesi in due modi, affrontando prima la questione del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e, più tardi, la sua protezione da parte dei giudici costituzionali. Rispetto alla prima questione, abbiamo fatto riferimento agli argomenti a favore e contrari al recepimento costituzionale dei diritti sociali, assumendo a nostra volta una posizione favorevole al sancimento dei diritti

sociali nei testi costituzionali. Come abbiamo fatto nel capitolo IV per quanto riguarda la presunta non giustiziabilità dei diritti sociali, in questa parte si sono analizzati i principali argomenti utilizzati da coloro che difendono che questo tipo di diritti non debbano essere costituzionalizzati. Così, abbiamo passato in rassegna a) l'argomento della non fondamentalezza dei diritti sociali; b) l'idea che il loro riconoscimento costituzionale possa modificare il carattere pluralistico proprio delle costituzioni; c) che tali diritti non sono assoluti e che inevitabilmente si scontrano con i diritti fondamentali civili e politici e, infine, siamo tornati ad affrontare d) l'idea della non giustiziabilità dei diritti sociali ma, in questo caso, come argomento sostenuto specificamente in relazione al loro riconoscimento costituzionale.

Sempre in relazione alla costituzionalizzazione dei diritti sociali, abbiamo passato in rassegna il modo in cui i diritti sociali sono disciplinati nelle costituzioni di alcuni paesi. I modelli discussi sono stati quelli di: Germania, Italia, Cile, Colombia e Sudafrica. La loro regolamentazione dei diritti sociali è stata di interesse per diverse ragioni. Così, nel caso della Germania, abbiamo riscontrato che solo alcuni diritti sociali sono disciplinati dalla legge federale del 1949, ma che altri sono stati derivati dalla clausola generale dello Stato sociale di Diritto dell'art. 20 e dal collegamento con altre disposizioni costituzionali. Il modello italiano ha, invece, caratteristiche diverse. Come è noto, nella Costituzione italiana del 1947 si trova un lungo elenco di diritti sociali e, in particolare nell'art. 3.2 si consacra un mandato ai poteri pubblici affinché promuovano l'eguaglianza sostanziale. Anche nel caso dei modelli costituzionali di riconoscimento dei diritti sociali dei paesi del Sudamerica che sono stati oggetto del nostro studio, abbiamo constatato l'esistenza di caratteristiche diverse. La Costituzione cilena del 1980 contiene un riconoscimento indebolito dei diritti sociali in quanto alcuni non sono neanche inclusi nell'elenco dei diritti fondamentali e per quanto riguarda altri solo si è ammessa la possibilità di un "libero accesso" al diritto sociale, ma non è garantito il diritto sostanziale. La Costituzione colombiana del 1991 contiene un ampio elenco di diritti sociali, notandosi in particolar modo l'ampiezza dei diritti dei lavoratori e le disposizioni relative alla protezione delle donne e di gruppi specifici, come i bambini, gli anziani

e i disabili. Ma al di là della loro regolamentazione specifica di ogni diritto sociale, la differenza tra i modelli del Cile e della Colombia si trova anche nel fatto che, mentre nel testo costituzionale cileno le sue disposizioni denominate come “ordine pubblico economico” stabiliscono un ruolo sussidiario dello Stato nell’economia, la Costituzione colombiana definisce nell’articolo 1 lo stato come uno Stato sociale di Diritto e contiene una serie di altre norme, che dimostrano un forte impegno per l’eguaglianza sostanziale. Infine, abbiamo esaminato il caso del Sudafrica che è stato particolarmente interessante perché la costituzione sudafricana del 1996 si occupa di tutti i diritti fondamentali in un unico capitolo e fornisce le stesse garanzie per la loro protezione rompendo con gli argomenti tradizionali di coloro che sostengono che, i diritti civili e politici, sono direttamente giustiziabili, mentre i diritti sociali spettano alla libera scelta del legislatore.

Come abbiamo già fatto notare, l’altra idea che emerge dalla seconda tesi avanzata è che, la tutela dei diritti sociali da parte della giustizia costituzionale, è ugualmente rilevante nel caso dei classici diritti civili ai fini della realizzazione dei valori di uguale dignità e autonomia personale. L’approccio da parte nostra a questa idea è stata simile alla nostra difesa del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali. Così, abbiamo affrontato gli argomenti delle posizioni che rifiutano l’intervento dei giudici costituzionali in materia di diritti sociali, dopodiché, abbiamo sviluppato in maniera approfondita le idee che sono state utilizzate per articolare la difesa dell’intervento del giudice costituzionale nella protezione dei diritti sociali. Tra tutti gli argomenti contrari all’intervento dei giudici costituzionali in materia di diritti sociali, la più meritoria è probabilmente quella vincolata al principio democratico, per questo abbiamo dedicato una sezione a una risposta che ci sembra particolarmente ben formulata: quella elaborata da esponenti del concetto della democrazia deliberativa. Da questa posizione si è sostenuto che, la partecipazione dei giudici costituzionali nella tutela dei diritti sociali è positiva da un punto di vista democratico, non solo perché il sistema di giustizia costituzionale può diventare veramente un foro deliberativo, ma anche perché l’obbligo di rispettare determinati *standard* di realizzazione dei diritti sociali è fondamentale se si vuole che il dialogo democratico avvenga ad uno stesso livello di condizioni reali di partecipazione. La

giustizia costituzionale può avere un ruolo nella tutela dei diritti sociali costituzionali, perché il legislatore non è il titolare esclusivo dei diritti sociali e dei diritti fondamentali in generale. La loro protezione e difesa si trova a carico di tutte le istituzioni e autorità pubbliche, oltre al ruolo indispensabile che possono svolgere i cittadini organizzati.

Sul ruolo della giustizia costituzionale nella realizzazione effettiva dei diritti sociali, è stato importante anche esaminare i cinque modelli di tutela costituzionale dei diritti sociali sopraelencati. Abbiamo enunciato le caratteristiche principali della giurisprudenza costituzionale di questi paesi e notato che la Corte costituzionale tedesca ha garantito i diritti sociali con un rango costituzionale dando effetto giuridico alla formula dello Stato sociale e che, la Corte costituzionale italiana, avendo attraversato diverse fasi nei suoi pronunciamenti sui diritti sociali costituzionali, ha dato una protezione speciale a questi diritti attraverso il principio di eguaglianza e attraverso diverse tecniche che hanno cercato un equilibrio tra il rispetto delle competenze del legislatore e la necessità di salvaguardare il contenuto minimo di tutti i diritti costituzionali. Nel caso della giustizia costituzionale cilena, nonostante la protezione indebolita impostata dalla costituzione, si è potuta assicurare una certa tutela dei diritti sociali attraverso la loro connessione con i diritti civili e, in particolare, con il diritto di proprietà. Ma senza dubbio, dove la giustizia costituzionale ha svolto un lavoro di enorme profondità nella tutela dei diritti sociali è stato in Colombia e Sudafrica. Nel primo caso, la Corte Costituzionale ha modificato il trattamento svalutato dei diritti sociali nella Costituzione colombiana per quanto riguarda le garanzie, facendosi notare specialmente la sua giurisprudenza concernente il contenuto minimo dei diritti sociali, il principio di progressività e all'obbligo di non regressività. Per quanto riguarda la Corte costituzionale del Sudafrica, si nota che essa ha svolto un ruolo rilevante nella realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali, in special modo con la sua giurisprudenza sulla "ragionevolezza" delle politiche pubbliche, la tutela dei diritti sociali in connessione con il principio di eguaglianza e l'obbligo di "rispettare" i diritti stabilito nel Diritto Internazionale dei Diritti Umani.

La nostra analisi della giurisprudenza costituzionale dei diritti sociali non si è limitata solo alla descrizione delle principali caratteristiche dei cinque ordinamenti giuridici menzionati. Nella parte finale del capitolo V ci siamo avvicinati ai diversi tipi di pronunce che può adottare un giudice costituzionale quando deve risolvere i problemi relativi ai diritti sociali. Abbiamo potuto comprovare che la giustizia costituzionale ha numerose possibilità che variano a seconda della natura specifica del problema e delle caratteristiche del sistema giuridico in questione. Le diverse modalità d'intervento dei giudici costituzionali in materia di diritti sociali possono essere classificate tra quelle dirette a risolvere casi specifici con applicazione "*inter partes*", e quelle che versano su una revisione della costituzionalità di una legge, sia attraverso un controllo concreto che astratto. Gli interventi dei giudici costituzionali diretti a risolvere i singoli casi con un' applicazione "*inter partes*" sono quelli che presentano meno problemi da un punto di vista democratico, poiché è evidente che, quando gli effetti della sentenza del giudice costituzionale è limitata a un caso particolare, la possibilità di entrare in conflitto con altri rami dello Stato è minore. Nel caso invece del controllo costituzionale delle leggi, anche se si creano maggiori difficoltà per quanto riguarda il principio democratico, nella nostra ricerca abbiamo dato il nostro consenso agli autori che affermano che la Corte costituzionale ha molte possibilità in queste situazioni e, in ogni caso, non deve rimanere inerme di fronte a violazioni dei diritti sociali costituzionali da parte del legislatore.

Per quanto riguarda la terza tesi, abbiamo detto che, a nostro avviso, tutti i diritti sanciti dalla Costituzione spagnola del 1978 devono essere considerati come esigibili a tutti i poteri pubblici. Infatti, nonostante la Costituzione spagnola del 1978 possa essere catalogata tra quelle che stabiliscono un riconoscimento "svalutato" dei diritti sociali e subalterno ai diritti civili e politici, questo in alcun modo deve intendersi nel senso che si tratti di diritti non pienamente efficaci giuridicamente. Come abbiamo anticipato nell'introduzione di questo studio, nella costituzione spagnola i diritti sociali sono regolati in diversi modi e con differenti livelli di garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali. Così, mentre la maggior parte dei diritti socio-economici sono contenuti nel Capitolo III della Costituzione come "principi

guida della politica economica e sociale”, altri sono incorporati nelle Sezioni I e II del Capitolo II. In particolare, per quanto riguarda i diritti contenuti nella Sezione I, vale a dire, al diritto all’istruzione, alla libertà sindacale, allo sciopero e ai diritti sociali dei detenuti, non deve ignorarsi il loro importante spessore giuridico o dato che possono essere tutelati attraverso il Ricorso di *Amparo*. In ogni caso riteniamo che tutti i diritti economici, sociali e culturali sanciti dalla Costituzione dovrebbero essere considerati come autentiche norme giuridiche e in nessun caso concepiti come disposizioni programmatiche.

Inoltre, dopo aver descritto il modo in cui sono presenti e interagiscono nell’ordinamento spagnolo i vari livelli di regolamentazione e tutela dei diritti sociali costituzionali, si può condividere l’osservazione fatta da parte della dottrina, nel senso che il modello spagnolo è configurato come una “struttura multilivello” di tutela dei diritti fondamentali in generale, e dei diritti sociali fondamentali in particolare. In questa “struttura multilivello” coincidono la regolazione dei diritti sociali tenutasi dal Diritto Internazionale dei Diritti Umani e dal Diritto Comunitario e, a livello nazionale, l’esistenza di diritti sociali costituzionali e il loro sviluppo attraverso gli Statuti di autonomia. Sosteniamo che non sia possibile comprendere la realizzazione dei diritti sociali costituzionali con uno sguardo rinchiuso nell’antica visione dello Stato-nazione, senza considerare le norme del Diritto Internazionale dei Diritti Umani né l’influenza che hanno sul loro sviluppo il fenomeno della globalizzazione ed il processo di integrazione economica ed europea. Inoltre, a nostro parere, il principio di Stato autonomo e il sistema delle competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome, ha acquisito un nuovo slancio con le recenti riforme degli statuti di autonomia, intravedendosi l’esistenza di un sempre più stretto rapporto tra i diritti sociali costituzionale e i diritti sociali compresi negli statuti.

In questo contesto, riteniamo che la giustizia costituzionale spagnola non possa rinchiuersi in un’interpretazione “storica” (concepita come quella che applica il significato che aveva al momento della sua emanazione), che presenta un

modello indebolito di protezione dei diritti sociali costituzionali e, invece, deve interpretare congiuntamente tutto il testo costituzionale, con i vari livelli normativi che riguardano il loro sviluppo e attuazione. Pertanto, la Corte costituzionale spagnola può interpretare i diritti e principi costituzionali in materia di *welfare state* prendendo in considerazione tutti gli elementi di cui sopra, ma sempre, a nostro avviso, tutelando un certo contenuto minimo proveniente dai diritti sociali costituzionali.

Nel capitolo VII, l'ultimo e più vasto del nostro lavoro, abbiamo cercato di sviluppare congiuntamente le tre tesi difese nei capitoli precedenti analizzando le varie modalità utilizzate per garantire l'applicabilità dei diritti sociali dinanzi ai giudici costituzionali e, in misura minore, di fronte ai tribunali internazionali dei diritti umani e alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Per fare questo, abbiamo realizzato una distinzione tra i meccanismi di giustiziabilità diretti e indiretti in quanto sono due modi di ottenere in sede giurisdizionale il rispetto dei diritti sociali. Tra i meccanismi di giustiziabilità diretta abbiamo analizzato: a) l'opponibilità dei diritti sociali costituzionali rispetto agli individui; b) l'efficacia giuridica della clausola dello Stato sociale; c) l'applicazione del principio di progressività dei diritti sociali; d) il contenuto minimo-essenziale dei diritti sociali; e) il principio di non regressività dei diritti sociali; f) l'incostituzionalità per omissione e, infine, g) le azioni collettive per tutelare i diritti sociali. Per quanto riguarda la giustiziabilità indiretta abbiamo esaminato: a) l'applicazione del principio di eguaglianza ai diritti sociali, sia nella sua veste formale che in quella sostanziale, b) la sua realizzazione attraverso le regole del giusto processo; c) la giustiziabilità attraverso la connessione con i diritti civili e politici e, infine, d) il rapporto tra i principi di accesso alle informazioni e di trasparenza rispetto alle politiche pubbliche relative ai diritti sociali costituzionali. In tutti questi casi, il sindacato della Corte costituzionale della Spagna e di altri paesi, così come la giurisprudenza dei tribunali regionali dei diritti umani, dimostrano una realtà concreta che va al di là delle discussioni teoriche: i diritti sociali possono essere giustiziabili, in particolare attraverso strategie creative che collegano i diversi tipi di diritti umani.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII.
- ABENDROTH, W., “El Estado de Derecho Democrático y Social”, en AA.VV., *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp.11-42.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.
- *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- ACUÑA ROLDÁN, J., “Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia jurídica de los derechos sociales en la experiencia comparada”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm.6, 2006, pp.3-28.
- AGUDO, M., *Estado social y felicidad. La exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*, Madrid, Laberinto, 2007.
- AHUMADA RUIZ, M., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 8, Enero-Abril 1991, pp.169-194.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, Año V, Enero/Junio, 2000, Núm. 8, pp.21-41.
- ÁLVAREZ CONDE, E., “Reforma constitucional y reformas estatutarias”, en *Cuadernos de pensamiento político*, Núm. 11, 2006, pp.43-100.
- “La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, Núm. 2, julio-diciembre 2004, pp.23-42.
- *El régimen político español*, Madrid, Tecnos, 1990.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela ‘multilevel’”, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 20, 2007, pp.231-276.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978.
- ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico: i percorsi costituzionali*, Torino, G. Giappichelli, 2006.
- ANZON, A., “Un’additiva di principio con termine per il legislatore”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Gennaio-Febbraio 1993, II, pp.1785-1792.

- AÑÓN ROIG, M., “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, pp.21-46.
- “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes”, en AÑÓN ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp.9-25.
 - “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, J. (Coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp.100-115.
- AÑÓN ROIG, M. y GARCÍA AÑÓN, J. (Coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- APARICIO WILHELMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los estatutos de autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?”, en *El Clip*, Núm. 42, 2007, pp.1-14.
- ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994.
- ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- “Constitución y modelo económico”, en CALDERÓN SCHRADER, C. (Ed.), *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp.377-397.
- ARANGO, R., “La prohibición de retroceso en Colombia”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.153-171.
- ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, Núm. 4, Año 2004, pp.15-59.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “Derecho y derechos en la Unión Europea”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.39-59.
- BALDASSARRE, A., “Diritti sociali”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, pp.1-34.
- BARCELÓN COBEDO, S., “El derecho a la seguridad social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 139, Julio-Septiembre 2008, pp.545 y ss.
- BARTOLE, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- BASTIDA, F., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp.103-149.

- BAYLOS GRAU, A., “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en SALINAS MOLINA, F. y MOLINER TAMBORERO, G. (Dir.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp.15-53.
- BAYÓN, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.67-139.
- BELLETTI, M., “I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del reparto per materia”, en *Le Regioni*, anno XXXI, Núm. 5, octubre 2006, pp.903-931.
- “‘Livelli essenziali delle prestazioni’ e ‘contenuto essenziale dei diritti’ nella giurisprudencia della Corte Costituzionale”, en CALIFANO, L. (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2004, pp.181-212.
- BELORGEY, J., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 70, 2007, pp.347-377.
- BERMUDEZ SOTO, J. y MIROSEVIC VERDUGO, C., “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008, vol. 30, Núm. 2, pp.439-468.
- BERMUDEZ SOTO, J., “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Núm. XXI, Año 2000, pp.9-26.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- BIFULCO, D., “Cittadinanza sociale, eguaglianza e forma di Stato”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, CEDAM, 1999, pp.27-52.
- BILBAO UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BLANPAIN, R.; HEPPLER, B.; SCIARRA, S. y WEISS, M., “Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 74, 1995, pp.872-883.
- BOBBIO, N., “Gurvitch y los derechos sociales”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp.27-35.
- “Igualdad y dignidad de los hombres”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp.37-52.
- “La Revolución Francesa y los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp.131-155.

- “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp.53-62.
- BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BOGNETTI, G., “Democrazia e Mercato”, en VIGNUDELLI, A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato, amministrazione, diritto*, Torino, Giappichelli, 2006, pp.59-73.
- “Social Rights, a Necessary Component of the Constitution? The Lesson of the Italian Case”, en BIEBER/WIDMER (Eds.), *L'espace constitutionnel européen, Der europäische Verfassungsraum, The European Constitutional Area*, Zürich, 1995, pp.85 ss.
- BONET PÉREZ, J. y BONDÍA GARCÍA, D., “La Carta Social Europea”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp.441-480.
- BOSSUYT, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, en *Revue des Droits de l'Homme*, Núm. 4, 1975, pp.783-820.
- BRILLAT, R., “La protezione dei diritti dell'uomo e la Carta Sociale Europea. Da Roma '90 a Roma 2000: dieci anni di cambiamenti per la Carta”, en NASCIMBENE, B. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, Giuffré Editore, 2002, pp.187-195.
- BULTRINI, A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.
- BUSTOS BOTTAI, R., “Función social y límites del derecho de propiedad: temas emergentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Libro en homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yañez*, AA.VV., Fundación Fernando Fueyo, Santiago de Chile, 2008, pp.369-393.
- “Hacia la igualdad sustancial: reflexiones a raíz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en FIGUERUELO, A., IBÁÑEZ M. L., MERINO, R. M. (Eds.), *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres*, Granada, Editorial Comares, 2007, pp.71-105.
- CAAMAÑO, F., “Sí, pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 79, Año 27, Enero-Abril 2007, pp.33-46.
- CALAMO SPECCHIA, M., “La tutela e la promozione dei *droits sociaux* in Francia tra dimensione pubblica e dinamiche private: un modello aperto di democrazia sociale”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, CEDAM, 1999, pp.545-585.
- CANOTILHO GÓMES, J., “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y Libertades*, Año III, febrero 1998, Núm. 6, pp.35-50.
- *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1992.

- CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, Núm. 2, 2008, pp.43-71.
- CARRILLO SALCEDO, J., *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1990.
- CARRILLO, M., “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 80, Año 27, Mayo-Agosto 2007, pp.49-73.
- “La Eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley”, en *Jueces para la Democracia*, Núm. 36, 1999, pp.67-74.
- CARUSO, B., “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos *Laval y Viking*”, en *Relaciones Laborales*, Núm. 15, Sección Monografías, Agosto 2009, Año XXIV, pp.159-186.
- CASAS BAAMONDE, M., “La política social y el sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo; su contribución al desarrollo del derecho social de la Unión Europea”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.105-136.
- CASCAJO CASTRO, J., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1993.
- CASSIN, R., “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, en AA.VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp.399-407.
- “La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, en AA. VV., *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, Vol. 79, 1951-II, pp.43, *cit.* por CASSESE, A., *op. cit.*, p.47.
- CASTELLÀ ANDREU, J. “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en APARICIO PÉREZ, M. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Madrid, Cedecs, 2001, pp.141-164.
- CHACON MATA, M., *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007.
- CHESSA, O., “La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, I, pp.1170-1187.
- CHUECA SANCHO, A., “La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios”, en MATIA PORTILLA, F. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp.21-49.
- COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, CEDAM, 1996.

- COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Zaragoza, J. M. Bosch Editor, 1997, p.45.
- COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.; SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.
- COLMENERO GUERRA, J., “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Núm. 2, 2006, pp.284-307.
- COMBA, M., “I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata”, en ZAGREBELSKY, G. (Coord.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, pp.153-171.
- CONTESSA SINGH, J., “La opacidad del Administrador y la indulgencia judicial: jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile”, en *Libertad de Expresión en Chile*, Santiago de Chile, Publicaciones de la Universidad Diego Portales, 2006, pp.97-198.
- CONTRERAS PELÁEZ, F., “El Debate Ideológico Actual Sobre el Estado del Bienestar”, en THEOTONIO, V. y PRIETO, F. (Dirs.), *Los Derechos Económico-Sociales y la Crisis del Estado de Bienestar*, Córdoba, Etea, 1996, pp.1-18.
- *Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.
- CORCUERA ATIENZA, J., “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.61-97.
- CORSO, G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XXXI, 1981, pp.755-784;
- CORTÉS NIETO, J.; ARIAS AMAYA, C.; y otros, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp.109-141.
- CORTÉS RODAS, F., “El proyecto político democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales”, en ALBERTO ALONSO, M. y GIRALDO RAMÍREZ, J. (Eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, pp.59-99.
- COSSIO DÍAZ, J., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- COURTIS, C., *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. Proyecto de protección de programas sociales*, PNUD, 2007.
- “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.169-184.

- “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorias”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.3-52.
- COX, A., *The Warren Court. Constitutional decision as instrument of reform*, Cambridge, Mass., 1971.
- CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale, II, Le fonti*, Padova, 1984.
- “La Corte costituzionale ha vent’anni”, en OCCHIOCUPO, N. (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale (Bilancio di vent’anni di attività)*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp.69-86.
- *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.
- D’ALLOIA, A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, CEDAM, 2002.
- DÄUBLER, W., “Allemagne”, en ILIOPOULOS-STRANGAS, J. (Coord.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne*, Athènes – Bruxelles – Baden-Baden, Ant. N. Sakkoulas – Bruylant – Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 49-103.
- DE CABO MARTÍN, C., “El Tratado Constitucional Europeo y el Constitucionalismo del Estado Social”, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 19, 2007, pp.199-214.
- “Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional”, en *Jueces para la democracia*, Núm. 23, 1994, pp.35-40.
- DE CABO, A. y PISARELLO, G. (Coords.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.
- DE CASTRO CID, B., “Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y Libertades*, Año III, febrero 1998, Núm. 6, pp.51-72.
- *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993.
- DE LUCAS MARTÍN, J., “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en PECES BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y DE ASÍS ROIG, R. (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp.297-367.
- DE SCHUTTER, O., “La garanzia dei diritti e principi fondamentali nella ‘Carta dei diritti fondamentali’”, en ZAGREBELSKY, G. (Coord.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, pp.192-220.
- DE VEGA GARCÍA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador Florentino Donato Giannotti, Tomo II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp.1509-1581.

- D'AMICO, M., "Un nuovo modello di sentenza costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Gennaio-Febbraio 1993, II, pp.1802-1816.
- DI TURI, C., "La Protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo", en GAMBINO, S. (Coord.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp.95-129.
- DÍAZ BARRADO, C. "La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa", en MARINO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.231-261.
- DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2008.
- "¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 78, Año 26, Septiembre-Diciembre 2006, pp.63-75.
- DUGARD, J. y ROUX, T., "The Record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004", en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.107-125.
- DURÁN RIVERA, W., Ponencia presentada en el Tercer Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá los días 20, 21 y 22 de abril de 2005, [<http://www.corteconstitucional.gov.co/encuentro/alcances%20y%20limites%20del%20amparo%20constitucional.Htm>], 5 de mayo de 2009.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- EIDE, A., "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en EIDE, A.; KRAUSE, C.; y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.9-28.
- "The Use of Indicators in the Practice of the comité on Economic, Social and Cultural Rights", en EIDE, A; KRAUSE, C.; y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp .545-551.
- ELIA, L., "Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale", in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, pp.313 ss.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "La aplicación de los tratados internacionales en España", en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp.39-90.
- ESPADA RAMOS, M., "Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Núm. 35, 2001, pp.23-57.

- ESPEJO YAKSIC, N., *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica*, Chile, OXFAM-Chile, 2009.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., “Apuntes sobre las dificultades existentes para la protección de los derechos sociales en el modelo de jurisdicción constitucional español”, en BIDART CAMPOS, G. (Coord.), *Economía, constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp.199-240.
- ETXEBERRÍA, X., “Fundamentación y orientación ética de la protección de los derechos humanos”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp.63-94.
- FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Oxford, Oxford Press, 2000.
- FAVOREAU, L., “I garanti dei diritti fondamentali europei”, en ZAGREBELSKY, G. (Coord.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003, pp.247-257.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: demandas contra España*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., “La institucionalización de España en la sociedad internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp.319-332.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 69, año 23, septiembre/diciembre 2003, pp.139-180.
- FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional”, en COURTIS, C. (Comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp.255-271.
- *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2000.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- FERRARA, G., “Eguaglianza e Federalismo”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, CEDAM, 2001, pp.31-44.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Representación política y democracia paritaria (a propósito de la sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 12, 2º semestre de 2008, pp.211-233.
- “Protección constitucional de las personas mayores”, en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 14, 2004, pp.345-358.

- “El control de constitucionalidad de los actos parlamentarios”, en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 1, 2003, pp.193-236.
 - *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.
 - “Garantías para la protección de derechos en la Constitución colombiana de 1991: especial referencia a la acción de tutela”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 84, Abril-Junio 1994, pp.181-197.
 - “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder legislativo”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 81, Julio-Septiembre 1993, pp.47-72.
 - *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.
 - “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 21, Año 7, Septiembre-Diciembre 1987, pp.229-250.
 - “Acotaciones al tema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 51, 1986, pp.193-197.
- FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Editorial Trotta, 1996.
- FORSTHOFF, E., “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, en AA.VV., *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp.71-106.
- FREIXES SANJUÁN, T., “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en JIMENA QUESADA, L. (Coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp.113-136.
- *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.
- GALLEGO GARCÍA, E., *Los cambios del Derecho de Familia en España (1931-1981)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006.
- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Civitas, 2001.
- GARCÍA GARNICA, M., “La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (A propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 14, Enero-Diciembre 2000, pp.129-163.
- GARCÍA HERRERA, M., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, pp.277-304.
- “Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.309-369.

- “Rigidez constitucional y Estado social”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 13, 1998, pp.33-88.
- “Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp.59-84.
- “Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora”, en *Jueces para la democracia*, Núm. 12, 1991, pp.20-22.
- GARCÍA HERRERA, M. y MAESTRO BUELGA, G., “Regioni, territorio e protezione sociale nella crisi dello Stato Sociale”, en *Politica del Diritto*, anno XXXII, Núm. 1, marzo 2001, pp.63-88.
- GARCÍA MANRIQUE, R., “Socialismo y derechos fundamentales”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, pp.589-614.
- GARCÍA MORALES, A., *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales (DESC)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 2003.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1989,.
- GARGARELLA, R., “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, en *Perfiles Latinoamericanos*, Núm. 028, Julio-Diciembre 2006, pp.9-32.
- “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.13-27.
- GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX T. (Eds.), *Court and Social Transfromation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, Madrid, Dikynson, 2008, pp.615-652.
- “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales.”, en ANSUÁTEGUI, F. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp.195-199.
- GARRORENA MORALES, A., *El estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984.
- GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp.631-650.

- GIMÉNEZ GLÜK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Editorial Bosch, 2004.
- GIORGIS, A., “Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all’eguaglianza distributiva”, en D’ALOIA, A. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp.111-139.
- *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1999, pp.58-85.
- GNES, M., “Il diritto degli extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Novembre-Dicembre, 2005, pp.4681-4689.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Presupuesto e igualdad de mujeres y hombres”, en FREIXES SANJUÁN, T. y SEVILLA MERINO, J. (Coords.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2005, pp.635-640.
- “Perspectiva de género en las prestaciones de la Seguridad Social y la ayuda social”, en FREIXES SANJUÁN, T. y SEVILLA MERINO, J. (Coords.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 2005, pp.725-789.
- GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.311-338.
- GOSEPATH, S., “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, en ALBERTO ALONSO, M. y GIRALDO RAMÍREZ, J. (Eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2001, pp.15-57.
- GRECO, R., “Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte Costituzionale”, en *Questione Giustizia*, Núm. 2-3, 1994, pp.253-279.
- GURVITCH, G., *La Déclaration des droits sociaux*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1946.
- HABERLE, P., “El federalismo y el regionalismo: una estructura modélica del Estado constitucional. Experiencias alemanas y proyectos. Memorandum para un proyecto español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 77, mayo/agosto 2006, pp.9-25.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2001.
- HAMPSHIRE, S., *La justicia es conflicto*, Madrid, Editorial Siglo XXI de España Editores, 2002.
- HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad, Vol. 2, El espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1979.

- HELD, D., *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 2001.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HOHFELD, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1964.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York, W. W. Norton, 1999.
- INFANTE, M., “Los Tratados en el Derecho Interno Chileno: El Efecto de la Reforma Constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Núm. 2 y 3, Tomo I, año 1996, pp.277-297.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Bogotá-Ginebra, 2008.
- JIMENA QUESADA, L., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- “El Estado Social en Europa”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30, marzo 2001, pp.13-34.
- JIMENA QUESADA, L. y TOMÁS MALLÉN, B., “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 68, 2007, pp.338-359.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- JORDÁN DÍAZ, T., *La protección de los Derechos Sociales: Modelos Comparados de Tutela Jurisdiccional (España y Chile)*, Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2008.
- “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, Núm. 2, 2007, pp.185-204.
- KAVANAGH, A., “Participation and Judicial Review: A reply to Jeremy Waldron”, en *Law and Philosophy*, Vol. 22, 2003.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- LA MACCHIA, C., “La Carta Comunitaria dei Diritti Sociali”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Núm. 48, 1990, pp.769-807.
- LAMARQUE, E., “Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte Costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Núm. 3, 2008, pp.699-767.
- LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard, 1921.

- LAPORTA, F., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.297-325.
- LEÓN XIII, *La Rerum Novarum*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1929.
- LEZERTUA, M., “La reforma del mecanismo europeo de protección de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. II*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp.57-84.
- LIEBENBERG, S., “Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica”, en *Anuario de Derecho Humanos*, Universidad de Chile, pp.53-72.
- LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control constitucional de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LIÑÁN NOGUERAS, D., “La aplicación en España de los tratados relativos a derechos y libertades fundamentales” en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp.269-327.
- LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Los derechos de propiedad”, en *Derechos y Libertades*, Año III, febrero 1998, Núm. 6, pp.107-126.
- LÓPEZ PINA, A., “Comentario introductorio al Capítulo III del Título I”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, pp.19-41.
- LUCAS VERDÚ, P., *Teoría general de las relaciones constitucionales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- “Título preliminar”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo I*, Madrid, Edersa, 1996, pp.77-94.
- LUCIANI, M., “I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art.117, comma 2, lett. M), della Costituzione)”, en *Politica del Diritto*, Vol. XXXIII, Núm. 3, septiembre 2002, pp.345-359.
- “Sui diritti sociali”, en ROMBOLI, R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali alle Corti Costituzionali*, G. Giapichelli, Torino, 1994, pp.79-107.
- “Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte Costituzionale”, en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.53-62.

- MAESTRO BUELGA, G., “Veinticinco años de los derechos del trabajo”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 58-59, 2003-2004, pp.305-328.
- “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.371-417.
- MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005.
- “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho español”, en MANGAS MARTÍN, A (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp.9-37.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “Las generaciones de derechos humanos”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.409-435.
- *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998.
- MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, B., “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en BALLESTEROS, J. (Coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp.42-60.
- MARTÍNEZ ESTAY, J., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1997.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000.
- MARX, K., *La cuestión judía. Sobre democracia y emancipación*, Móstoles (Madrid), Santillana, 1997.
- MERCADO PACHECO, P., “Derechos y Orden Económico: reflexiones sobre la ‘Constitución Económica’”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.855-873.
- MILÁ MORENO, J., “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp.185-213.
- MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para una Teoría de los derechos sociales (discusión doctrinal)”, en *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 22, 2005, pp.265-290.
- MONEREO PÉREZ, J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de

- diciembre (I)” en *Relaciones Laborales*, Núm. 6, Sección Doctrina, Quincena del 23 Mar. al 8 Abr. 2008, pp. 329-363.
- “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (II)” en *Relaciones Laborales*, Núm. 7, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Abr. 2008, Año XXIV, pp. 365-387.
- MONNET, J., “Discurso durante la entrega del “Premio de la Libertad”, el 23 de enero de 1963”, en *Precursores de Europa*, PÉREZ-BUSTAMANTE, R. y SAN MIGUEL PÉREZ, E., Madrid, Dykinson, 1998, pp.176-183.
- MOREIRO GONZALEZ, C., “Paradojas del sistema institucional internacional de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en MARÍÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.137-186.
- MORTATI, C., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Il Foro Italiano*, Parte II, 1970, pp.153-191.
- NIKKEN, P., *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987.
- NINATTI, S., “Catalogo dei diritti e centralizzazione delle competenze nelle esperienze federali: uno sguardo oltreoceano”, en DE SIERVO (a cura di), *Il difficile costituzionalismo europeo*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp.145-173.
- “Novità in tema di disparità di trattamento: azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario”, en *Quaderni Costituzionali*, Núm. 2, 2000, pp.465-469.
- NINO, C., “Sobre los derechos sociales”, en CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. y VÁSQUEZ, R. (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp.137-143.
- *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. Las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 y 259/2007, como reconstrucción de una doctrina constitucional confusa”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 18, 2008, en [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407166].
- NOGUEIRA, H., “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Núm. 2 y 3, Tomo I, año 1996, pp.341-380.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “¿Independencia o control?: los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 143, 2009, pp.129-161.

- “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, en *Revista de derecho social*, Núm. 44, 2008, pp.97-119.
- NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.
- O’CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado: lucha de clases y crisis fiscal en la década de los ochenta*, Barcelona, Península, 1981.
- OCHOA RUIZ, N., *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid, Civitas, 2004.
- OLIVETTI, C., “Artículo 5”, en BIFULCO, R.; CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (a cura di), *L’Europa dei diritti*, Bologna, Società editrice Il Mulino, 2001, pp.66-72.
- ONIDA, V., “Eguaglianza e diritti sociali”, en *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, CEDAM, 2001, pp.101-122.
- “Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento” en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.19-42.
- ORAÁ, J., “La Declaración Universal de Derechos Humanos”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp.125-157.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad: derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Granada, Comares, 2006.
- OSUNA PATIÑO, N., *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- PALICI DI SUNI PRAT, E., “La dottrina tedesca in tema di diritti”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IX, Padova, 1999, pp.1515-1520.
- PALLADIN, L., *La giustizia costituzionale nel 1985*, Conferenza stampa del Presidente de la Corte Costituzionale, 23 de enero de 1986, en http://www.corte-costituzionale.com/informazione/interventi_dei_presidenti/interventideipresidential1981a1990/relazioniannuali_1981_1990.asp.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Despidos discriminatorios y libertad sindical (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981)*, Madrid, Editorial Civitas, 1983.
- PASTOR RIDRUEJO, J., “La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp.521-532.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp.85-101.
- *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.
 - “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.7-45.
 - *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988.
- PEGORARO, L., *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PEÑA FREIRE, A., *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, en *Documentación Administrativa*, Núm. 271-271, enero-agosto 2005, pp.13-38.
- *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003.
 - “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en ANSUÁTEGUI, F. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp.259-269.
 - “Le generazioni dei diritti umani”, en RICCOBONO, F. (Coord.), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp.139-155.
 - “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 1, 1981, pp.257-275.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, Núm. 69, 2003, pp.215-235.
 - “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, Núm. 10, Enero-abril 1984, pp.157-181.
- PERGOLESÌ, F., *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 1953.
- PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- PFEFFER URQUIAGA, E., “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de los derechos constitucionales en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 4, Núm. 2, 2006, pp.87-107.
- PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999.
- PICONTÓ NOVALES, T., “El derecho a un medio ambiente”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.947-970.
- PILIA, R., *I diritti sociali*, Napoli, Jovene Editore, 2005.

- PINELLI, C., “Titano, l’eguaglianza e un nuovo tipo di ‘additiva di principio’”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Gennaio-Febbraio 1993, II, pp.1792-1802.
- PINESCHI, L., “Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali”, en PINESCHI, L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pp.128-147.
- PINTO, M., “Los derechos humanos en el contexto internacional”, en GUERRA, A. y FÉLIX TEZANOS, J. (Eds.), *La paz y el derecho internacional. III Encuentro de Salamanca*, Madrid, Editorial Sistema, 2005, pp.249-270.
- PISARELLO, G. y DE CABO, A., “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces y ciudadanos”, en APARICIO PÉREZ, M. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Madrid, Cedecs, 2001, pp.219-244.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.307-327.
 - “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp.37-86.
- PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J., “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 122, 2003, pp.269-316.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp.111-170.
- *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990.
 - “Artículo 53”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1984.
- PRIETO SUÁREZ, R., “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 11, 1er semestre de 2008, pp.355-365.
- PRINCIPATO, L., “I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año 46, n.2, marzo-abril 2001, pp.873-901.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre desarrollo humano 2005*, (versión en castellano), Madrid, Ediciones Mundi-Prensa 2005, 2005.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice (revised edition)*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.

- REY MARTÍNEZ, F., “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp.25-107.
- REY PÉREZ, J., “La naturaleza de los derechos sociales”, en *Derechos y Libertades*, Núm. 16, Época II, enero 2007, pp.137-156.
- RIDEAU, J., “Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos”, en MATIA PORTILLA, F. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp.61-86.
- RIMOLI, F., “Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Noviembre-Dicembre, 2005, pp.4675-4681.
- ROCELLA, M., “Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Núm. 81, 1999, pp.33-64.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea y la protección de los derechos humanos”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, pp.11-36.
- RODRÍGUEZ OLVERA, O., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Editorial Comares, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, Núm. 19, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Oct. 2007, Año XXIII, p.55-67.
- “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”, en *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 118, año 1978, pp.5-43.
- RODRÍGUEZ URIBE, J., “Rousseau: Estado de Derecho, democracia y derechos”, en PECES BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y DE ASÍS ROIG, R. (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp.245-295.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995.
- RODRÍGUEZ-VERGARA, A., “Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.99-118.
- ROSENKRANTZ, C., “La Pobreza, la Ley y la Constitución”, en BULLARD, A.; COUSO, J.; GIL LAVEDRA, R., et al, *El Derecho como Objeto de Transformación*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2003, pp.241-257.
- ROSSI, J., “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en COURTIS, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.79-115.
- ROURA GÓMEZ, S., “Derechos Fundamentales y Estado políticamente descentralizado: el federalismo y la lucha por los derechos en los Estados

- Unidos”, en APARICIO PÉREZ, M. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Madrid, Cedecs, 2001, pp.641-664.
- RUBIO LLORENTE, F., “Una Carta de dudosa utilidad”, en MATIA PORTILLA, F. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp.169-201.
- “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, pp.9-36.
- RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa*, 16-16, 1994, pp.651-674.
- “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, A. (Comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp.77-93.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Artículo 10”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las Leyes Políticas, Tomo II*, Madrid, Edersa, 1996, pp.47-155.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española”, en *Revista de estudios políticos*, Núm. 71, Enero-Marzo 1991, pp.171-195.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. y PÉREZ SOLA, N., “Stato autonomico e diritti dei soggetti deboli nell’esperieza spagnola”, en CHIEFFI, L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, CEDAM, 1999, pp.587-616.
- RUSSO, C. y QUAINI, C., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- SÁNCHEZ, GONZÁLEZ, S. y PEREIRA MENAUT, A., “Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica”, en *Revista de derecho político*, Núm. 36, 1992, pp.257-276.
- SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política: una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Madrid, Civitas, 2003.
- SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000.
- SALGUERO, M., “El derecho a la educación”, en BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp.795-817.
- SALINAS ALCEGA, S., *El Consejo de Europa, su protagonismo en la construcción de la “Gran Europa” y sus aportaciones al progreso del derecho internacional público*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, 1999.
- SANZ CABALLERO, S., “La Contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y diferencias de ambos sistemas”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea y*

- Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, pp.59-92.
- SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, en *Revista de estudios políticos*, N° 112, 2001, pp.253-269.
- SCHMIDT, W., “I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XXXI, 1981, pp.785-807.
- SCHMITT, C., *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1998.
- *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Editorial Planeta, 2000.
- SIERRA NAVA, J., *El Consejo de Europa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- SIMITIS, S., “Fine o rinascita del Diritto del Lavoro. Il caso della Corte di Giustizia Europea”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Núm. 68, 1995, pp.521-546.
- SPILIOPOULOU AKERMARK, S., “International Development Finance Institutions: The World Bank and the International Monetary Fund”, en EIDE, A.; KRAUSE, C.; y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.515-530.
- SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, Septiembre-Diciembre 1988, pp.261-277.
- SUÁREZ FRANCO, A., “Los límites constitucionales de las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal”, en COURTIS, C. (Comp.) *ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp.361-386.
- SWIATKOWSKI, A., *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Holanda, Kluwer Law International, 2007.
- TAJADURA TEJADA, J., “La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización”, en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Núm. 2, 2006, pp.120-137.
- “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en CORCUERA ATIENZA, Javier (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp.443-464.
- TOMANDL, T., *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen, Mohr, 1967.

- TOMASEVSKI, K., “Indicators”, en EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A. (Eds.), *Economics, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.531-543.
- TORRES DEL MORAL, A., “Tensiones internas del Estado autonómico”, en *Anuario Jurídico de La Rioja*, Núm. 8, 2002, pp.267-285.
- “¿Qué igualdad?”, en *Revista de derecho político*, Núm. 44, 1998, pp.77-102.
- TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, en *Revista de derecho político*, Núm. 35, 1992, pp.33-58.
- TUGENDATH, E., *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- UPRIMNY YEPES, R., “The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. (Eds.), *Court and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006, pp.127-151.
- “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, Núm. 13, 2001, pp.145-183.
- VANOSSI, J., *El Estado de Derecho en el constitucional social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.
- VASAK, K., “Revisiter la troisième génération des droits de l’homme avant leur codification”, en AA.VV., *Hector Gross Espeill Amicorum Liber, Vol. II*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.1667-1679.
- “La larga lucha por los derechos humanos”, en *El Correo de la Unesco*, Vol. XXX, noviembre 1977, pp.29-32.
- VIDA SORIA, J., “El Derecho Social y la política de protección social del Consejo de Europa”, en *Convenios, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa en materia social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- VILLÁN DURÁN, C., “La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España”, en AA.VV., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. II*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp.25-55
- WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- “Problema in ordine ai costi delle sentenze costituzionali”, en AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, A. Giuffrè, 1993, XIII, pp.99-155.