

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Manuel José Terol Becerra

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Primeras manifestaciones de los derechos sociales con la crítica a la igualdad ante la ley como telón de fondo. 2. La constitucionalización de los derechos sociales. 3. El plan sobre el bienestar en la Constitución española de 1978. A. De la relación simbiótica entre los derechos sociales y los de libertad. Las ideas de justicia y de dignidad humana como fundamentos de los derechos sociales. B. La garantía de los derechos sociales

1. PRIMERAS MANIFESTACIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES CON LA CRÍTICA A LA IGUALDAD ANTE LA LEY COMO TELÓN DE FONDO

La política social no es una actividad privativa del Estado actual, por más que su ejercicio haya llegado a convertirse en una característica del mismo. Es bien sabido que, incluso cuando mostraba su faceta más puramente liberal y abstencionista, el Estado prestó cierta atención a este asunto. De la que recibió en Alemania, por ejemplo, con anterioridad a la publicación de su libro: *El Derecho civil y los pobres*, en 1890, ofrece alguna información, como se verá, Antón Menger, conocido defensor de la corriente iussocialista en dicho país.

No obstante, hasta que las primeras manifestaciones normativas de política social terminaron por convertirse en el cuerpo de derechos

sociales que suelen enunciar, cuando menos las constituciones europeas contemporáneas, hubo de recorrerse un largo camino jalonado de reivindicaciones ciudadanas en lo social y de formulaciones doctrinales a su respecto. Abstracción hecha de las primeras, cuyo análisis conviene dejar a la sociología y a la ciencia política, interesa destacar, acerca del interés mostrado por la doctrina hacia los derechos sociales, la enorme importancia que tuvieron en la construcción de tal categoría las críticas vertidas desde la academia hacia la igualdad ante la ley, en tanto que principio generador de desigualdades.

A este propósito afirmaba Menger que, tratando a todos de modo igual, “sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta lo infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles, tomasen una parte escásima en ese aumento de producción. A conse-

cuencia de esto surgió la legislación social, que se endereza a proteger a los débiles contra los fuertes, y a asegurar a aquellos, cuando menos, una parte mínima de los bienes necesarios para vivir. Hoy se sabe que no existe una desigualdad mayor que aquella que consiste en tratar a los desiguales de un modo igual”¹.

En parecidos términos se manifestaba otro iussocialista, esta vez italiano, Giuseppe Salvioli, para quien todos los hombres “son naturalmente iguales, derivando las desigualdades de la vida social. Si todos tuviéramos la misma educación, la misma instrucción, los mismos beneficios naturales, habríamos conservado también la igualdad natural. Si la sociedad tratase a todos por igual, no habría desigualdad. Pero la sociedad y los hombres multiplican las desigualdades, siendo la preponderancia precisamente producto del orden jurídico; y la ley, en vez de atender tales desigualdades, aplica a todos la misma medida”². Para Salvioli, además, la idea misma de igualdad natural llevaba inevitablemente aparejada, como efecto, la de un individualismo abstencionista, generador de desigualdades que ninguna esperanza había de atajar en la Italia de su época³.

Planteamientos como los expresados, hace tiempo que concluyeron por convertir en nuclear, dentro de la teoría de los derechos fundamentales del Estado social, la idea de igualdad real como presupuesto de la libertad, y, con ello, la de asegurar las condiciones materiales de vida individuales. Mostrándose evidente que esta suerte de relación simbiótica para los derechos sociales y los fundamentales, está presidida por las ideas de dignidad humana, y de justicia, como fundamento objetivo de la misma, respectivamente.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Luego se volverá sobre este asunto. Antes interesa dar cuenta de la enorme importancia

que se le concedió en España a la constitucionalización de los derechos sociales. A cuyo respecto señalaba Francisco Ayala en 1932: “Una de las más destacadas innovaciones que la vigente Constitución de la República española (9 diciembre 1931) aporta a la historia del derecho constitucional español es la inclusión en su seno de un cierto número de fórmulas básicas, correspondientes al que puede ser denominado, en términos amplios, derecho social, así como también, en alguno de sus aspectos, derecho económico, que en la sistemática del texto se agrupan bajo epígrafe ‘Familia, economía y cultura’, dentro del capítulo II del título III, relativo a ‘Derechos y deberes de los españoles’⁴”.

Con tal afirmación apenas se limitaba el citado autor a constatar un hecho del que aún se vería obligado a enfatizar su relevancia. Tanto más cuanto él mismo informaba de la existencia en el derecho positivo español, previo a la Constitución de 1931, de “un sector, no demasiado reducido, de derecho social o, más concretamente de derecho del trabajo”⁵. Aunque las correspondientes normas reguladoras, precisaba, “se habían desarrollado a impulsos de la necesidad, sin sistema y un poco en precario, por vía legislativa ordinaria y, en un gran volumen, por virtud de disposiciones o regulaciones dictatoriales”. Difícilmente, añadía, hubiera podido ocuparse de este asunto una Constitución como la de 1876, inspirada en los planteamientos propios del liberalismo clásico y, por tanto, carente de previsión alguna y también de prohibición ninguna de legislar en el terreno político-social.

La transformación social experimentada en España entre 1876 y 1931, así como en todo el mundo, continuaba, “el estímulo del ejemplo extranjero y la necesidad de aceptar normas internacionales, dieron lugar, entre nosotros, al desenvolvimiento de una legislación social respecto de la cual hubo de [p.1150] hacerse sentir incluso, aunque con pobres resultados, la tendencia codificadora (Código del Trabajo de 1926)”⁶. No pretendía negarle con eso legitimidad “con arreglo a criterios del más estricto formalismo”, al derecho social vigente antes

de aprobarse la Constitución de 1931; tan sólo buscaba llamar la atención sobre la nueva situación generada por dicha Constitución⁷. Por lo demás, estimaba que la constitucionalización de la política social suponía, “en primer término, la colocación de los principios de la ordenación pretendida bajo la salvaguardia de las protecciones jurídicas especiales que defienden la Constitución (reforma y jurisdicción constitucionales)”. Por último, concluía atribuyéndole Francisco Ayala a la Constitución de Weimar una influencia decisiva en los contenidos de la española de 1931, aunque negando que en esta materia, como en tantas otras, debiera llevarse “muy adelante el parangón”⁸.

Todo parece indicar que se inspiraban tales consideraciones en las vertidas, un año antes, por Adolfo Posada en su libro *La reforma constitucional*, quien en este punto señalaba cómo a las declaraciones de libertades limitadoras del poder frente a las manifestaciones de la actividad libre humana, se habían sumado, en las Constituciones más modernas en su época, declaraciones y normas que, “a veces imponen al Estado deberes o suscitan funciones positivas, que se traducen en formas diversas de asistencia del poder, de carácter jurídico, económico y cultural”⁹. Para Posada, su tiempo no sólo exigía garantizar todos los derechos de 1789, sino también los nuevos derechos nacidos de la evolución de la vida social y, en tal sentido, afirmaba que “las nuevas Constituciones europeas se han acomodado a la nueva evolución”. Como era el caso de la Constitución de Weimar¹⁰.

Las nuevas Constituciones, añadía, “han sido redactadas en una época en que ningún partido político puede ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho no es ya una doctrina (...): es la vida misma. Y para la vida debe ser toda Constitución digna de su momento. “El Estado no puede limitarse a reconocer la independencia jurídica del individuo; debe crear un mínimo de condiciones necesarias para garantir su independencia social”¹¹. Formulación que completaba con una precisión, referida a ese contenido nuevo de las declaraciones de derechos, en la

cual destacaba su propensión a abarcar la totalidad de la vida social: la familia, la escuela, la formación cultural, etc. Véase si no la segunda parte de la Constitución de Weimar. El nuevo derecho político tiene que preocuparse de garantizar jurídicamente la persona individual y, además, la persona “social”, haciéndose cargo del valor del influjo de los “grupos”, órganos de los intereses superindividuales (sociales, sería mejor)¹².

Sin embargo, con las consideraciones hasta aquí referidas de Posada, apenas ponía éste los pilares sustentadores de sus conclusiones sobre cómo debía abordar la reforma constitucional el asunto de la declaración de derechos:

“No se concibe, pues, una revisión constitucional sin rehacer la tradicional concepción y términos de la tabla de derechos —*bill of rights*—. Y, refiriéndome concretamente a España, no creo que nadie pueda sostener que el exiguo Título primero de la Constitución de 1876 responda a los más elementales apremios del momento en que vivimos. Nuestro régimen constitucional en este punto reclama una transformación de su ‘dogmática’, por amor a la justicia, por razones de oportunidad y a fin de reflejar en sus normas y declaraciones las nuevas apremiantes necesidades del vivir social, constantemente renovadas, tendencias y necesidades, cuyo reconocimiento jurídico ha permitido justamente a España adherirse a actuar en el organismo del Trabajo de la Sociedad de las Naciones. Por otra parte, las exigencias de la ‘solidaridad social’ a que los Estados deben acomodarse generan los nuevos deberes cívicos que se imponen a la persona, a la vez que suscitan la necesidad de un régimen jurídico en relación con las manifestaciones diferenciables del vivir colectivo, cuya forma más específica es el sindicalismo”¹³.

Así pues, las transformaciones sociales operadas en Europa y en España, también, inmediatamente antes de aprobarse la Constitución de 1931, imponían, a juicio de la doctrina de la época, constitucionalizar los derechos sociales en una declaración tendente a comprender la totalidad de la vida social. De ello se desprendería el consiguiente beneficio para tales

derechos derivado de la protección que les comunicaría la rigidez del constitucional y la creación por él de una jurisdicción constitucional.

3. EL PLAN SOBRE EL BIENESTAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Pues bien, cuarenta y siete años después, contados desde 1931, la Constitución de 1978 retomaría este asunto y perfeccionaría el planteamiento de la Constitución republicana, pues incluye la vigente un amplio listado de derechos sociales tan ambicioso que no se exagera al calificarlo de un auténtico plan para el bienestar de los ciudadanos.

En efecto, de los derechos sociales se ocupa la Constitución de 1978 al atribuirle la consideración de Estado social a España, en su artículo 1.1; cuando en esa misma disposición señala que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son los valores superiores del ordenamiento jurídico, y, en relación con ello, apela luego al pluralismo político y social en sus artículos 6 y 7; con ocasión de las declaraciones genéricas que integran los enunciados de los artículos 9.2 y 10.1; de modo que si, por medio del primero, se comprometen los poderes públicos a 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”; en virtud del segundo conceptúa, como fundamento del orden político y de la paz social, “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”; de igual forma que al prohibir todo tipo de discriminación en virtud del principio de igualdad enunciado en el artículo 14.

Tales son los postulados sobre los cuales se asientan las medidas concretas de procura existencial contempladas en la Constitución. Allí enunciadas bien como derechos, precisados, eso sí, de actuaciones públicas para su efectiva realización, bien, más sencillamente, como compromisos de los poderes públicos en cuanto al desarrollo de determinadas políticas. De modo que su articulado contempla el acceso ciudadano a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (artículo 24.1); la reeducación y la reinserción social de los reclusos (artículo 25); acoge el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (artículo 27); los derechos a la sindicación y a la huelga (artículo 28); la función social de la propiedad (artículo 33.2); el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción laboral y a una remuneración suficiente (artículo 35); el derecho a la negociación colectiva laboral y a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37); la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), de los hijos y de las madres (artículo 39.2) y de los niños, prevista en los acuerdos internacionales (artículo 39.4); la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y la distribución más equitativa de la renta regional y personal, así como la de una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1); el fomento de una política que garantice la formación y readaptación profesionales, la atención a la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas y la promoción de centros adecuados para su disfrute (artículo 40.2); el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (artículo 41); la atención a los emigrantes (artículo 42); el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1); la organización y tutela de la salud pública (artículo 43.2); el fomento de la educación sanitaria, la educación física y la adecuada utilización del ocio (artículo 43.3); la protección y tutela del acceso a la cultura (artículo 44.1); la promoción de la cien-

cia y de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (artículo 44.2); el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45.1); la atención al uso racional de los recursos naturales (artículo 45.2); la garantía de la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran y la promoción de su enriquecimiento (artículo 46); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, así como, en relación con ello, la regulación atinente al uso del suelo, de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (artículo 47.1); la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción de los entes públicos (artículo 47.2); la promoción de las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (artículo 48); la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 49); la garantía, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, de la suficiencia económica de la tercera edad y la promoción de su bienestar a través de un sistema de servicios sociales que atienda a sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio (artículo 50); la defensa de los consumidores y usuarios atenta a la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos, así como la promoción de su información y educación (artículos 51.1 y 2); la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios (artículo 52).

A. DE LA RELACIÓN SIMBIÓTICA ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DE LIBERTAD. LAS IDEAS DE JUSTICIA Y DE DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS SOCIALES

Tan completo es el tratamiento que reciben los derechos sociales en la Constitución

de 1978 y en tan intensa relación con los de libertad que ahora sí se percibe, con más claridad que en la de 1931, el binomio, más arriba aludido, entre ambas categorías de derechos; esto es, la existencia de una suerte de relación simbiótica entre unos y otros, a la que no son ajenas las ideas de dignidad humana y de justicia, en tanto que susceptibles de juzgarse como fundamentos objetivos de las mismas.

No en balde afirmaba Bökenförde, todavía acerca de la relación entre ambas categorías de derechos, que los derechos fundamentales “ya no tienen sólo un carácter delimitador negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. Como contenido de la garantía no se presenta sólo la libertad jurídicamente abstracta, sino la real”. Lo cual entiende el autor citado que presupone dos cosas: “de un lado la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la implantación de la libertad en la realidad constitucional, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derecho fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales”¹⁴.

A la importancia que adquiere la idea de justicia en la relación entre derechos fundamentales y derechos sociales se refiere Bökenförde en su trabajo “los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en donde sostiene que el punto de referencia sistemático-material para la idea de los derechos fundamentales sociales es la forma de organización de la libertad individual y social en el Estado de Derecho liberal-burgués y sus consecuencias sociales. Recuérdese que en él la libertad no es considerada resultante de la organización social sino anterior a ésta y que la igualdad jurídica, lejos de contribuir a relativizar la desigualdad natural y económica entre las personas, permite que se desarrolle¹⁵.

Ante esta situación, añade el citado autor, la idea de justicia inspirará la de los derechos fundamentales sociales, “no como contraprinzipio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio de aseguramiento de la libertad”¹⁶; pues, si “la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”¹⁷.

Los derechos sociales surgen cuando el Estado se hace cargo de cometidos hasta ese momento realizados por instituciones religiosas de distinto tipo como actos de caridad. A cuyo respecto no conviene olvidar que es un sentimiento, ni tampoco que el Estado carece de ellos. De tal modo que puede pasarse por alto qué circunstancia, si esa o cualquier otra, compartida por quienes actuaban en su nombre, le inspiró la decisión de asumir la ejecución de tales tareas. Lo importante son las consecuencias de ese acto, si en su virtud se crea una relación jurídica generadora de una obligación para el mismo, porque puedan exigirle que la cumpla sus destinatarios, quienes dispondrían entonces de un derecho. Del cual, si no está excluido nadie, cabe estimar fundado en la dignidad humana, como sucede con los derechos de libertad y parece entenderlo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su complemento en términos de exigibilidad jurídica en la esfera que nos ocupa, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tratándose de los derechos fundamentales, así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, como recuerda Francisco Bastida cuando, con base en su jurisprudencia, sostiene que en la Constitución española “la dignidad humana fundamenta el orden político y la paz social. Su configuración jurídica se erige en pieza básica del ordenamiento constitucional para cimentar ese orden político y la paz social. El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos

los seres humanos por el hecho de serlo (STC 181/2000, F. J. 9º), plasmadas en aquellos valores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I”. Según el autor citado, además, “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona’ (STC 53/1985, F. J. 8º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre”¹⁸.

En este sentido se estima aquí que los derechos sociales se asientan sobre la base de la dignidad humana, aun a sabiendas de que se trata de una cuestión discutible considerando la escasa atención doctrinal que ha recibido este asunto.

Acaso no sean muchas, en primer lugar, las reflexiones efectuadas en el pasado como las de Salvio, mediante la cual, recuérdese que hablaba de corresponderle al Estado liberal de su época la obligación de proteger no sólo el derecho del individuo sino también el respeto de su dignidad moral, estableciendo así un nexo jurídico entre los derechos de libertad y la dignidad que le llevaba a demandar de los poderes públicos el establecimiento de límites y frenos a la libertad contractual para que el egoísmo no oprimiese al que debía sufrirlo siempre.

Aunque nada tiene de particular, en segundo término, esa más que probable escasa atención doctrinal pretérita a la dignidad humana. Al fin y al cabo, se trata de una idea de nuevo cuño que se ha abierto paso en las normas constitucionales, como es el caso de la española, sin precisarse su alcance jurídico, no obstante¹⁹. Su reciente incorporación al terreno jurídico, vinculada, además, a los derechos de libertad, no es dudosa, sin embargo: ahora bien, es menester señalar en el ámbito que nos ocupa, que la dignidad se anticipa cabalmente vinculada a los derechos sociales con motivo de la adopción, el 10 de mayo de 1944, de la Declaración de Filadelfia en el marco de la Organización Internacional del Trabajo²⁰. Con la misma filosofía, luego de sendas referencias todavía políticas a la dignidad de la Carta de

Naciones Unidas, en 1945, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, la integrará entre sus contenidos la Ley fundamental de Bonn, en 1949. Más moderna aún es la referencia a la dignidad humana del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966; y más interesante, por su conexión con el objeto de estas páginas, el lazo anudado cinco años antes entre la dignidad humana y los derechos sociales en la Carta Social Europea en 1961, bien que reducido al ámbito laboral, a la dignidad de la persona en el trabajo²¹; la Carta Social Europea revisada de 1996, por su parte, supera esa primera aproximación laboralizada, incidiendo en la protección de trabajadores y trabajadoras (art. 26), pero aludiendo a la dignidad en otros terrenos como el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (art. 23).

Se comprende así la atención creciente que, en la actualidad, recibe de la doctrina la dignidad humana y sus posibles conexiones con los derechos fundamentales y sociales. De cuyas construcciones al respecto interesa traer a colación en estas páginas las formulaciones de Francisco Bastida. Pues, no en balde, defiende el posible carácter fundamental de los derechos sociales aun cuando, como sucede en España, reciban la consideración constitucional de principios rectores, con la ayuda de un impulso jurisprudencial en tal sentido²². Aunque no sin avisar sobre el riesgo de asistirse entonces a una mutación constitucional tanto de las relaciones entre el legislador y los jueces como de la posición de los derechos sociales, si constitucionalmente están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con exclusión de su eficacia directa²³. Y, en efecto, se asistirá entonces a una manifestación de gobierno judicial tan perniciosa como cualquier otra para el principio democrático sustentador del modelo de Estado que configura la Constitución española en su art. 1.1.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha referido a la dignidad de la persona en varios pronunciamientos. De ellos sólo se destacará aquí, por la conexión

que establece entre ésta y los derechos sociales, la Sentencia de 9 de febrero de 2010 sobre la refundición de la prestación de desempleo de larga duración con las prestaciones sociales existentes hasta entonces en el Libro Segundo del Código de la Seguridad Social. En su virtud, el desempleado recibirá una prestación por tal causa, así como las personas de él dependientes incapacitadas para el trabajo, especialmente los niños que convivan con él. Estas prestaciones constituyen, en primer lugar, el estándar básico que busca asegurar el sustento y el destinado a financiar el alojamiento y la calefacción.

Pues bien, para el Tribunal las previsiones de la norma enjuiciada relativas a las prestaciones estándar para adultos no cumplen con lo requerido por el art. 1.1 de la Ley Fundamental, en conexión con el art. 20.1 de la misma, para garantizar el mínimo de subsistencia exigido por la dignidad humana. Hasta llegar a esta conclusión, comienza el Tribunal por sentar la premisa según la cual el derecho fundamental a garantizar el mínimo de subsistencia requerido por aquélla, debe asegurar a toda persona necesitada las condiciones materiales indispensables para su existencia física y para su participación en la vida social, cultural y política. Este derecho no es disponible por la Asamblea legislativa que, sin embargo, está obligada a darle forma concreta, y actualizarlo regularmente, de acuerdo con la situación de desarrollo del Estado y las condiciones de vida existentes. Acto seguido, examina el Tribunal Constitucional: 1) si la Asamblea legislativa ha asumido y definido el objetivo de asegurar la existencia del modo que exige la dignidad humana; 2) si ha escogido un método adecuado de cálculo para cuantificar el mínimo de subsistencia; 3) si ha tenido en cuenta los hechos en presencia; 4) si se ajusta a los límites de lo razonable de acuerdo con el método escogido.

Como resultado de todo ello el Tribunal estima que el subsidio estándar de 345 € no se ha calculado de una manera constitucional por haberse abandonado los principios estructurales del modelo estadístico seguido hasta la adopción del Libro Segundo del Código de la

Seguridad Social sin una justificación objetiva; y que la prestación de 207 € para niños menores de 14 años no satisface los requisitos constitucionales porque se deriva del subsidio estándar. Si bien, en su fallo, permite el Tribunal que la norma declarada inconstitucional se siga aplicando hasta su derogación por la Asamblea Legislativa mediante otra adaptada a lo exigido por las disposiciones constitucionales citadas en el sentido señalado por el Tribunal que ha de adoptarse antes de 31 de diciembre de 2010.

B. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Algo se ha avanzado desde luego en el tratamiento constitucional de los derechos sociales desde el texto de 1931 al de 1978, pero no tanto que el beneficio atribuido a los mismos por dichas constituciones sea distinto. Quiere decirse con ello que los derechos sociales gozan en la Constitución vigente de la protección que le comunica su rigidez y la habilitación por ésta a la jurisdicción constitucional de la facultad para expulsar al ordenamiento jurídico a las leyes que contradigan sus definiciones constitucionales. La situación es idéntica a la que se produce en Europa, incluida Alemania, a cuya Constitución están referidas las siguientes reflexiones de Bökenförde. Para el cual, según ha quedado dicho, los derechos sociales enunciados en la Constitución no pueden fundamentar pretensiones reclamables judicialmente antes de su conformación por el legislador. Pero, si los derechos sociales no son inmediatamente aplicables ni exigibles por el ciudadano inmediatamente, ¿qué sentido tiene entonces su enunciado constitucional? No se le escapa al autor citada dicha circunstancia, relacionada con la significación misma de tales derechos, como lo revela su rechazo a considerarlos “simples proposiciones programáticas y no vinculantes”.

A su juicio son mandatos constitucionales, esto es, deberes jurídico-objetivos dirigidos al legislador y a la administración, en cuya virtud se consigue que el fin o programa del derecho

social correspondiente se sustraiga a la originaria libertad para fijar fines u objetivos por parte de los órganos políticos y se les presente como vinculante, en primer lugar; que sea “inadmisible la inactividad y la desatención del fin o programa” por los órganos del Estado, en segundo término; y que las medidas adoptadas para la consecución del fin se mantengan, de manera que la realización del mandato contemplado en ellas esté protegida “frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites de la desatención grosera”, por último²⁴.

De acuerdo con ello, admite Bökenförde las “pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a una inactividad, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución de mandato constitucional”²⁵. Según se desprende de sus palabras, así como dicho autor niega absolutamente que los derechos sociales sean reclamables judicialmente, pues se refiere a pretensiones deducibles ante órganos de Estado de ningún modo obligados al inmediato cumplimiento del mandato constitucional —es decir, distintos del legislador y del gobierno o de la administración—, parece admitir la intervención del Tribunal Constitucional —tampoco comprometido con la concretización de ese mandato—, para pronunciarse, en los tres casos de abstención que señala —incluidos los que apelan al concepto jurídico indeterminado: “desatención grosera”—, mediante sentencias, claro está, de inconstitucionalidad por omisión.

Quizá se preste a defenderse esta idea con argumentos de lógica jurídica. Pero no se alcanza a vislumbrar en qué beneficia al Estado democrático de Derecho rechazar el gobierno de los jueces y aceptar el del Tribunal Constitucional. No se ve por qué negar a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de emplear la técnica de los intereses difusos o de amparar los derechos sociales por su conexión con derechos libertad —se avengan o no aquellos a ser considerados fundamento de éstos, como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos, entre otros, *López Ostra c. España*,

*Moreno Gómez c. España o Botta c. Italia*²⁶—, y admitir, en cambio, la tutela del Tribunal Constitucional mediante pronunciamientos de inconstitucionalidad por omisión.

Bastante ha costado a los juristas de muy diversa condición alumbrar todas y cada una de las técnicas expresadas como para despreciar ninguna. Admítanse todas y refuércense con la idea de dignidad humana y aun con la de integración; tal vez así se logre la construcción judicial de los derechos sociales fundamentales, por la que aboga Francisco Bastida. Al fin y al cabo, esto último es lo que ha hecho el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el pronunciamiento de inconstitucionalidad por omisión que incluye en su Sentencia de 9 de febrero de 2010, más arriba referida.

Refuércense con argumentos favorables a la justiciabilidad de los derechos sociales. A cuyo respecto quizá pudiera invocarse el art. 10.2 de la Constitución que, recuérdese, obliga a interpretar “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades”, enunciados en aquella, “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Desde luego que la expresión “a los derechos fundamentales y a las libertades” cabe entenderla referida, inmediatamente, a las rúbricas del Capítulo segundo del Título I —“derechos y libertades”— o a la Sección primera de dicho capítulo —“de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”—, ciertamente próximas en su literalidad respectiva con aquélla. Aunque vista desde la perspectiva inherente a la obligación que pesa sobre los poderes públicos de construir el Estado social invocado por el art. 1.1 de la Constitución, podría estimarse que la expresión referida alude a todo el Título I. Al fin y al cabo dicha obligación se aviene a sustentar la idea, extendida entre la doctrina y asumida en estas páginas, de corresponderle desempeñar a los derechos sociales la función de presupuesto necesario para el verdadero goce de los derechos de libertad.

Planteamiento este último que contribuyen a sustentar ciertos tratados internacionales,

suscritos por España, con los derechos sociales como objeto. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos²⁷, en cuyo Preámbulo, claramente expresivo de su vocación complementaria de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se afirma expresamente que, con arreglo a la misma, “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

En parecidos términos se pronuncia el indiscutible complemento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, esto es, la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, en su Preámbulo: “Recordando que la Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990, subrayó la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso”.

Pues bien, quizá la idea que aquí se sostiene de considerar a los derechos de libertad y a los de prestación complementarios entre sí, avalada por tantas opiniones doctrinales y aun por los tratados internacionales citados, alienta a formular la pregunta de si los consignados en la Constitución, ya sean de una u otra clase, no demandan el mismo tratamiento contemplado en su art. 10.2. Dicho sea de otro modo, de acuerdo con una interpretación amplia de este último quizá pueda considerarse que la respectiva regulación constitucional de ambas categorías de derechos ha de interpretarse de conformidad con los tratados internacionales firmados por España sobre los mismos.

Eso beneficiaría a la garantía efectiva, cuando no a la justiciabilidad, de los derechos sociales que algunos tratados internacionales, en los que España es parte, reclaman para ellos. Téngase presente al respecto que ya en su versión original, de 1961, la Carta Social Europea

manifestaba en su Preámbulo 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”. Formulación esta que podría haber inspirado la que, en su art. 2, incluye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En donde dispone su párrafo primero que “cada Estado Parte se compromete a adoptar medidas (...), 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”. Sentado lo cual, añade su párrafo segundo que los Estados Parte “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Interesaba traer a colación la enorme similitud entre el párrafo del Preámbulo de la Carta Social Europea, más arriba citado, y el enunciado del art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los cuales muy bien podrían considerarse destinados a enunciar el principio de igualdad ante la ley y, por tanto, a proscribir la discriminación. Ninguna dificultad hay en aceptar que así sea, pero el que ambos tratados reiteren contenidos de sus correspondientes complementos normativos, previos en el tiempo; esto es, el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, por una parte, y el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por otra, alienta a pensar que no son retóricos sus llamamientos a garantizar los derechos sociales que respectivamente incluyen. Con tanto mayor motivo en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues no en balde, como se ha visto, habla de garantizar el ejercicio de los derechos sociales, tras comprometer a los

Estados Partes a “adoptar medidas (...) para lograr (...), la plena efectividad de los derechos” allí reconocidos. Así vendría a confirmarlo la siguiente afirmación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General Núm. 9, titulada: “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”:

“El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales” (apartado 9).

A cuanto se lleva dicho conviene añadir que el Protocolo Adicional, de 1995, a la Carta Social Europea, contempla el procedimiento, de carácter cuasi judicial, sustanciable ante el Comité Europeo de Derechos Sociales²⁸, llamado “de reclamaciones colectivas”, que ha contribuido a garantizar efectivamente los derechos allí reconocidos. De sus resoluciones interesa destacar aquí las referidas al trabajo de los menores²⁹, a la educación de las personas autistas³⁰, y al derecho a la vivienda³¹.

Sin embargo, España no ha ratificado dicho Protocolo ni tampoco la Carta social Europea

revisada de 1996, que ha ampliado la lista de derechos recogidos en su versión inicial de 1961 con el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social y el derecho a la vivienda, entre otros. De ahí que las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales, necesariamente referidas a terceros países, carezcan de consecuencias directas en España, aun cuando nada impida a los jueces nacionales inspirarse en las interpretaciones de los derechos sociales efectuadas por dicho Comité. Como tampoco media ningún obstáculo para que se produzca la vinculación de los restantes poderes públicos españoles a las resoluciones de dicho Comité. Por lo demás, debe tenerse presente que las decisiones del Comité adoptadas en el mecanismo de reclamaciones colectivas se retroalimentan con las conclusiones alcanzadas por él en el sistema de informes y, por ende, por esta vía indirecta afectarán igual-

mente a España. El mandato interpretativo del art. 10.2 de la Carta Magna española resulta bajo tal ángulo enormemente fortalecido y dotado de sentido.

Ni que decir tiene que la ratificación española del referido protocolo de 1995 y de la Carta Social Europea revisada de 1996, abriría nuevos horizontes a la garantía de los derechos sociales. Una vez que se produjese, bastaría con crear los mecanismos necesarios para la ejecución en el ordenamiento interno de las resoluciones adoptadas por el Comité referidas a España. He aquí un mecanismo inmediato de justiciabilidad y un modo de portar en la praxis la bandera de la indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, que será un mero elemento recurrente si no va acompañado de medidas concretas de puesta en práctica para su real efectividad.

NOTAS

1. Cfr. *El Derecho civil y los pobres*. Versión española, con la autorización del autor, realizada por Adolfo Posada. Estudio preliminar sobre Reformismo social y socialismo jurídico por José Luis Monereo Pérez. Granada. Editorial Comares, S.L. 1998, pp. 146 y 147.
2. Cfr. “Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y el derecho moderno”. *El Derecho civil y el proletariado*. Edición de Bartolomé Clavero, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 64.
3. Aunque sí en Francia, pues según decía: “al menos la Revolución francesa, en su segunda fase, mantiene realizable y viva la igualdad; mientras que en nuestras leyes se ofrece como un supuesto, sin proponer remedios posibles a la realidad de la desigualdad, sin hacer que la desigualdad de obligaciones y de derechos efectivos sea correlativa a la desigualdad de capacidad. El querer considerar y tratar de modo igual a personas desiguales crea la verdadera desigualdad y a este principio abstracto de igualdad que no tiene en cuenta las desigualdades sociales e individuales, se agrega la efectiva imposibilidad de actuar la justicia contra todos”. Cfr. *Ibíd.* p. 65.
4. Cfr. “El derecho social en la Constitución de la República española”. *Obras completas. Ensayos políticos y sociológicos*. Edición a cargo de Carolyn Richmond, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2007, p. 1150.
5. Cfr. *Ibíd.*
6. Cfr. *Ibíd.* p. 1150 y 1151.
7. “El hecho de que el conjunto de preceptos y declaraciones contenido en el capítulo II del título III represente una innovación para nuestro derecho constitucional es explicable con sólo representarse la fecha y circunstancias de la anterior Constitución, donde una regulación semejante no era presumible, y recordar las condiciones, universales y nacionales, en que ha advenido el texto de 1931; estas últimas condiciones imponían como inexcusable la constitucionalización del derecho económico y social”, añadía inmediatamente a continuación. Cfr. *Ibíd.*
8. Cfr. *Ibíd.*

9. Afirmación que fundaba en los planteamientos de Mirkin-Guetzávitich, según los cuales las Constituciones de postguerra —a las que habría que añadir la de México de 1917—, “siguiendo la tradición más general, contienen lista detallada de los ‘derechos esenciales de los ciudadanos’, y consagran capítulos especiales ‘a los derechos del hombre y del ciudadano, definiendo, a la vez, sus deberes’; pero, además, contienen disposiciones que se inspiran en las nuevas tendencias y concepciones sociales”. *La reforma constitucional*. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1931, p. 81.

10. A cuyo propósito recordaba las palabras de Mirkin-Guetzávitich mediante las cuales destacaba éste que el derecho al trabajo “proclamado en 1848 e inscrito en la constitución de ese año, se encuentra hoy más explícitamente desarrollado en la Constitución de Weimar”. *Ibíd.* p. 82.

11. También esto seguía de cerca a Mirkin-Guetzávitich. *Ibíd.* p. 82.

12. Cfr. *Ibíd.* p. 83.

13. Cfr. *Ibíd.* pp. 83 y 84.

14. Cfr. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de Ignacio Villaverde Menéndez). Baden-Baden, Nomos, 1993. p. 63.

15. “De la actuación de la libertad jurídica general igual para todos resulta así necesariamente la desigualdad social, la cual se consolida a través de la garantía de la propiedad y se convierte en una no-libertad a lo largo de generaciones”, añade. Cfr. *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de Juan Luis Requejo Pagés). *Cit.* p. 73.

16. Según añade el autor citado, así como “en la organización liberal burguesa se presupone tácitamente la propiedad y el trabajo como fundamento de la vida social, ahora se hacía evidente que en modo alguno la propiedad y el trabajo tienen que sobreentenderse en la lógica de esta organización de la libertad, sino que más bien tienen que ser primero producidos y asegurados”. Cfr. *Ibíd.*

17. Cfr. *Ibíd.* pp. 73 y 74.

18. Cfr. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009 (2ª edición), pp. 131 y 132.

19. Cfr. Diego Valadés: “Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Núm. 12, 2009, p. 23/38.

20. En dicha Declaración, que figura como anexo al texto de la Constitución de la OIT, se señala expresamente: “a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

21. En realidad, en la Carta de 1961, la referencia a la dignidad se recoge de modo implícito a través de otras nociones, como condiciones de trabajo “equitativas” (art. 2) o remuneración que permita al trabajador y su familia un nivel de vida “decoroso” (art. 4). El nuevo art. 26 (derecho a la dignidad en el trabajo) constituye una gran aportación de la Carta revisada de 1996, que afronta la problemática del *mobbing*.

22. En el mismo sentido, ha subrayado María José Añón en una excelente contribución publicada recientemente (“Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, n.º 43, 2010) que en el contexto de la teoría jurídica de los derechos sociales han de quedar superadas las fricciones resultantes de dos perspectivas dogmáticas distintas (constitucional e internacional), salvando con convincente argumentación los principales obstáculos para una teoría de los derechos fundamentales que integre a los derechos sociales, e incidiendo especialmente a tal efecto en las posibilidades interpretativas, conceptuales y de eficacia que pueden derivar de la tesis de la interdependencia entre los derechos. En efecto, compartimos con la citada autora que la consideración de los derechos sociales como fundamentales viene reforzada por la incorporación de las normas de Derecho internacional de los derechos humanos, vía que —como ella bien expone— queda abierta por los artículos 10.2 y 96 de la Constitución española; en tal sentido, los derechos sociales habrían recibido según María José Añón el impulso

jurisprudencial en el ámbito interno de los Tribunales internacionales regionales y de los Comités de vigilancia de los Tratados y Pactos de derechos humanos en materia de derechos sociales.

23. Cfr. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. Cit. pp. 148 y 149.

24. Cfr. *Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución*. Cit. p. 81.

25. Cfr. *Ibíd.*

26. En él declaró el Tribunal Europeo de Derechos humanos que el concesionario de una playa en Italia tenía la obligación de adaptarla a uso de discapacitados, porque “limitar la noción de vida privada al sólo plano afectivo no se correspondería con la orientación jurisprudencial de la Corte que se inspira en una lógica pragmática de buen sentido, más que en el formalismo o en la simple técnica jurídica”. De modo que, como puede comprobarse, sostiene dicho Tribunal un concepto de vida privada amplio que abarca la integridad física y moral del individuo inserto en el contexto social. Esta justiciabilidad de un derecho de tercera generación vinculándolo a otro clásico de libertad parece haberse producido en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Sibil c. Eslovenia*, de 28 de junio de 2007, *Colak y otros c. Alemania*, de 4 de diciembre de 2007 y *Taravieva c. Rusia*, en las se apela a salud; *Rivier c. Francia*, de 11 de julio de 2006, en la que se hace lo propio con la salud de los detenidos; *Kontrova c. Eslovaquia*, de 31 de mayo de 2007, que habla de menores; así como *Vincent c. Francia*, de 24 de octubre de 2006 y *Scoppola c. Francia*, de 10 de junio de 2008, referidas a la detención de minusválidos

27. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea general de Naciones Unidas en su resolución 2200^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto en su art. 27.

28. Hasta 1998 denominado Comité de Expertos Independientes.

29. Reclamación colectiva Núm. 1/1998 (*Comisión Internacional de Juristas contra Portugal*, decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999).

30. Reclamación colectiva Núm. 13/2002 (*Asociación Internacional Autismo-Europa contra Francia*, decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003).

31. Reclamación colectiva Núm. 15/2003 (*Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Grecia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004).