

LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Josu de Miguel Bárcena

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

Sumario: 1. España como Estado social y Democrático de derecho: el contexto histórico. 2. Un intento de conceptualización de los derechos sociales reconocidos en la Constitución española. 3. La garantía de los derechos sociales en el sistema constitucional español: condiciones de realización y garantías jurisdiccionales. A. Las omisiones del legislador en materia de derechos sociales. B. La irreversibilidad de los derechos sociales. C. Las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales en la Constitución española. D. Aspectos sobre las garantías procesales de los derechos sociales: aproximación general. 4. Conclusiones: crisis y garantías de los derechos sociales.

1. ESPAÑA COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: EL CONTEXTO HISTÓRICO

Se ha señalado con muy buen criterio, que la Constitución española de 1978 se articuló en un momento de incipiente crisis para la fórmula de Estado social que se había constitucionalizado en Europa después de la II Guerra Mundial. Sin embargo, la fórmula pura del Estado social era una premisa más bien teórica, que había encontrado un reflejo práctico fundamentalmente en la experiencia italiana². Al margen de Italia, y de la formulación inicial de la Constitución portuguesa, bien puede decirse que la categoría del Estado social, entendido como el pacto puro entre el capital y el trabajo,

ha sido una noción jurídica que ha provocado no pocas confusiones en los estudiosos del derecho constitucional o de la ciencia política³.

Resulta innegable que al margen de estas cuestiones el constituyente español tuvo como premisa la necesidad de completar la democracia formal con una democracia social, por la que se entendía situar a todas las capas de la ciudadanía en las condiciones socioeconómicas y culturales adecuadas para el ejercicio de sus derechos democráticos o, dicho de otro modo, socializar, extendiendo efectivamente a todos los ciudadanos las libertades sólo ejercidas plenamente por capas restringidas de la población, tema al que sin duda aluden varios artículos de nuestra Constitución⁴. En concreto, el art. 10.1 CE, relativo al libre desarrollo de la personalidad, y el art. 9.2, referido

al despliegue, sin trabas, de las potencialidades humanas, en un contexto de integración y participación social de individuos y colectivos, configuraban un modelo constitucional en el que se dotaba de un contenido material al viejo Estado de Derecho liberal.

En este sentido, al igual que la mayor parte de los sistemas constitucionales europeos, que establecen un Estado del bienestar presidido por lo que Luhmann denomina como principio de compensación, que trata de paliar aquellas desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida⁵, la Constitución española abandona la racionalización liberal del poder, destinada a salvaguardar fundamentalmente la libertad personal, la seguridad y la propiedad de los particulares, para intentar dar respuesta a los cambios sociales generados por los procesos económicos y políticos de industrialización y de democratización⁶. El Estado realizará a partir de entonces una función asistencial y correctora del orden social, tratando de perseguir intereses más generales, que por cierto ya no estarán a discreción del legislador, sino que como veremos se encontrarán protegidos por los valores y principios que inspiran a la Constitución⁷.

Este es un punto de vista general que a pesar de ser perfectamente válido, no logra captar las transformaciones que en las últimas décadas ha vivido el Estado social en nuestro país y en los países de nuestro entorno más cercano. Sin imponer un orden de importancia, podemos citar algunas cuestiones que sirven para identificar los ámbitos en los que el constitucionalismo “social” ha tenido que combinar sus principios fundacionales con los cambios producidos en la economía, la política y la sociedad contemporáneas: hablamos de la crisis administrativa del Estado, la descentralización del poder público, y sobre todo, la integración de España en la Unión Europea (en adelante UE).

En cuanto a la primera cuestión, hacemos referencia a los cambios que si bien no ponen en cuestión el modelo constitucional, sí que hacen referencia a la relación entre el Estado y

sociedad, sobre todo en los ámbitos de la ejecución administrativa de las políticas públicas; es decir, los servicios públicos o de interés general⁸. En este aspecto, es necesario recordar que los procesos de racionalización han ido acompañados, por un lado, de la reducción de las tareas administrativas en beneficio de entes privados, con el objetivo de mejorar la eficiencia en la toma de decisiones, aminorar la presunta sobrecarga presupuestaria y adelgazar la administración pública. Por otro lado, también se ha asistido, en las últimas décadas, a la supresión y reducción de políticas públicas, tratando de dar respuesta a la crítica frontal de las “tareas estatales administrativizadas”, mediante la limitación de la formalización de políticas públicas requirentes de actividad administrativa. Todos estos cambios afectan, obviamente, a la naturaleza del Estado social y a su expansión (en este caso detracción).

También lo hace el proceso de descentralización del poder que incorpora la propia Constitución. Hay una clara relación entre el contenido de la acción pública y la distribución territorial del poder y la incidencia que la crisis del Estado Social ha ido generando en la acción social al asumir los nuevos problemas producidos por la reconversión de la protección pública y el deterioro del modelo de pleno empleo desde la década de 1970⁹. Estas consideraciones bien pueden enlazar con el significado que la protección social tiene en el proceso de reproducción social, en el marco de las relaciones entre la forma de Estado y la economía¹⁰. Por ejemplo, con la generalización de las formas de garantía de la situación económica de los ciudadanos, se pone de relieve su incidencia en el funcionamiento del mercado dentro de las relaciones centro-periferia que caracterizan al modelo federal. A esta constatación corresponde la atracción de la materia por parte del poder central, como la seguridad social y las prestaciones no contributivas del sistema general. El mantenimiento de la unidad del mercado y su repercusión en las condiciones de producción reclaman un tratamiento unitario que solo puede ser garantizado desde las instancias que gobiernan el Estado¹¹.

La consecuencia que se deriva de esta decisión es que las prestaciones asistenciales que no están vinculadas con la reproducción económica, son susceptibles de su distribución territorial. El largo recorrido seguido en esta materia ha conducido al reconocimiento de derechos prestacionales en los Estatutos de Autonomía¹², que pretenden garantizar un régimen descentralizado de tales derechos partiendo del estatus unitario que proporciona el art. 149.1.1 CE y la dimensión objetiva de toda una serie de políticas sociales de las que, como muy bien ha señalado el Tribunal Constitucional recientemente (en adelante TC), cabrá deducir en su caso derechos de carácter subjetivo¹³.

El último de los elementos que tiene que ver con la transformación del Estado social inserto en nuestra Constitución es la integración del Estado en la UE. Dentro de las posibilidades financieras de cada país, el presupuesto ha sido y sigue siendo un instrumento capital de gestión de ciclo económico en función de las exigencias de la coyuntura o de la presión sociopolítica a favor del desarrollo más acusado de las políticas sociales. En esta fluctuación, con sus diversas orientaciones, coinciden por lo general las diversas fuerzas políticas que consideraban disponible la maniobra presupuestaria para atender a las reivindicaciones sociales de bienestar. Pues bien, de la misma forma que la regulación comunitaria de la economía incide drásticamente sobre la Constitución económica del Estado Social, la incorporación de una limitación presupuestaria, tal y como ocurre en la UE, supone la revisión de uno de los instrumentos primordiales de evolución del Estado y de relación entre la política y la economía, es decir, de la constitución política de la sociedad que pretende realizar la propia Constitución. Los derechos sociales no pueden ser lo mismo en un contexto de férrea disciplina presupuestaria, que en un ámbito donde el gasto público es contemplado como un generador de la demanda agregada¹⁴.

2. UN INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En las últimas décadas, coincidiendo con el derrumbe de los sistemas del bienestar europeo y el trágico triunfo del neoliberalismo económico y el *darwinismo* social, han surgido un gran número de intentos por proteger de la mejor forma posible a los derechos sociales. Objetivo común de prácticamente todos ellos ha sido reducir la distancia, al menos aparente, entre el concepto de derecho subjetivo y la definición de derechos sociales. A pesar de las evidentes diferencias estructurales, se afirma la fundamentalidad de los derechos de prestación¹⁵, en base a una argumentación filosófica, histórica y dogmática, que reclama una tutela reforzada siguiendo los esquemas delineados por los típicos derechos de defensa y libertad¹⁶.

Sin embargo, como acabamos de señalar, el derecho subjetivo se presenta como un instrumento para articular fundamentalmente intereses individuales, de carácter preferentemente patrimonial, confiados a la autónoma valoración de sus beneficiarios, que, en caso de infracción de los mismos, pueden recabar a los órganos judiciales su inmediata reparación. Acaso lo mejor sea recordar con Bobbio que el dilema de los derechos sociales (o prestaciones) proviene precisamente de la incompatibilidad entre los códigos funcionales de dos subsistemas sociales primarios: el del derecho y el de la economía. Por ello, la duda sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales —duda que ya expresaron claramente Ernst Forsthoff o Piero Calamandrei— no se puede referir a una genérica ausencia o insuficiencia de las garantías formales de los mismos, sino a una imposibilidad funcional de prestarlos de manera definitiva, más allá de un umbral notablemente rígido, en el contexto de una economía de mercado globalizada¹⁷.

En todo caso, apelando a la resistencia constitucional¹⁸, más en los difíciles tiempos actuales, resulta necesario un esfuerzo por conceptualizar los derechos sociales desde la propia Constitución, como pretensiones jurídicas de prestación¹⁹, rehuyendo de su caracterización unívoca y poniendo de manifiesto su complejidad estructural. Tal complejidad deriva no solo de los inconvenientes fácticos para su cumplimiento, sino de su doble carácter activo y pasivo. Así, mientras los derechos subjetivos de defensa y libertad suponen un espacio de autodeterminación individual en el que el poder público no puede penetrar como principio general, los derechos sociales son la consecuencia lógica de la democracia sustancial, dirigida al reparto material de los bienes materiales, cuya consecución permite la plena autorregulación personal en el ámbito social. Como bien se sabe, desde que se anunció la crisis de legitimidad del capitalismo tardío, cada vez resulta más difícil el reparto de una riqueza que a menudo no es accesible al control de las instituciones estatales²⁰.

Por otro lado, para garantizar esta dimensión participativa de los derechos sociales, se necesita, ante todo, una acción positiva (o activa), ya sea de los poderes públicos, ya sea de los particulares a instancias de aquel, generalmente expresada por medio de la prestación de un bien o servicio, que se acompaña, o hace efectiva, a través de medidas configuradoras del legislador o de la Administración. Teniendo en cuenta esta doble caracterización, objetiva y subjetiva, las pretensiones judiciales de prestación anteriormente aludidas aparecen unas veces como derechos, al expresar poderes o facultades reconocidas a los particulares, y otras como mandatos, deberes de protección y tareas a desempeñar por el Estado, en aras a su realización efectiva. Por ello, se ha señalado que los derechos sociales tienen una naturaleza compuesta (o compleja), que lógicamente influye sobremanera en su proyección positiva dentro del texto constitucional, también el español.

Como bien se sabe, existen en la Constitución española una serie de derechos sociales

que con naturaleza defensiva o prestacional (educación, sindicación y huelga, algunos aspectos de la tutela judicial efectiva), otorgan facultades jurídicas subjetivas que permiten a sus titulares reclamar, de manera inmediata, intervenciones del poder público (o de los particulares) suficientemente definidas. Estos derechos cumplen con las exigencias de fundamentalidad que tanto la doctrina como el TC han venido reclamando, y que obviamente están relacionadas con el sistema de garantías pergeñado tanto por el art. 53.1 CE, como por el art. 81.1 CE²¹. Ello supone dotarles de una fuerza vinculante incluso ante la ausencia del desarrollo legislativo y administrativo por parte de los poderes públicos.

Pero lo normal es que ello no ocurra así. La mayor parte de lo que venimos denominando como derechos sociales prestacionales, vienen acompañados de normas abiertas e incompletas que, si bien expresan un programa de distribución de bienes y de solidaridad nacional²², requieren una indudable concreción, normalmente muy intensa, a cargo del legislativo y el ejecutivo. Tal desarrollo supondrá la creación de estructuras organizativas y administrativas complejas, a fin de permitir la ulterior intervención o concesión de prestaciones a sus potenciales demandantes y el acceso efectivo a un determinado nivel de tutela efectiva. Todo ello produce un tipo de derechos, invocables ante los tribunales, si bien condicionados a la realización por parte de los poderes públicos del presupuesto de hecho de los mismos, como ocurre, entre otros, con la mayor parte de los referidos a las distintas formas de previsión y asistencia social²³.

Con independencia de su articulación en nuestro texto constitucional, que como se sabe abarca también los ámbitos de los denominados como “derechos constitucionales” y los principios rectores de la política social y económica²⁴, los derechos de carácter social que desarrollan los poderes públicos se pueden ordenar en función de cuatro grupos distintos de prestaciones o acciones factuales que el destinatario debe desarrollar, que generalmente solo poseen efectos descriptivos y pueden

considerarse como las consecuencias de la implementación de dichos derechos sociales²⁵.

En primer lugar, tenemos las prestaciones sociales en sentido estricto como las ayudas sociales, familiares y el fomento de la formación profesional y educacional mediante becas y ayudas. Estas medidas se dirigen a la producción y mejora de las condiciones de justicia social y se realizan mediante la distribución de medios financieros y efectivos monetarios que presuponen la existencia de una partida presupuestaria previa con una finalidad concreta relacionada con las distintas temáticas de derechos sociales que sean concretables económicamente. En segundo lugar, nos encontramos con las pretensiones de subvenciones y acciones de fomento de actividades de interés público, relacionadas con determinadas actividades de carácter cultural, social o profesional. Estas subvenciones también implican la distribución de medios financieros, aunque deben cumplir con el fomento de una actividad concreta que no se tiene que relacionar con una relación de justicia social como en el caso anterior, y además está sujeta a criterios de oportunidad política. En tercer lugar, las pretensiones en el marco de la procura existencial que implican la creación y utilización de servicios públicos, supuesto que tiene un carácter distributivo de medios financieros más limitado, y sirve para universalizar una serie de servicios económicos más allá de la posición concreta del ciudadano que los recibe. Por último, se distinguen las pretensiones de participación en los bienes de carácter comunitario, que generalmente se relacionan con la utilización de recursos naturales o el reparto de frecuencias radioeléctricas, mediante autorizaciones administrativas.

De acuerdo a esta categorización, parece claro que no todas las prestaciones vinculadas con derechos sociales cuentan con una identificación y protección en base a derechos articulados en la Constitución²⁶. En todo caso, todas y cada una de las prestaciones, en cuanto expresión institucional, pueden incardinarse en mandatos constitucionales que configuran un modelo de Estado social y democrático de Derecho²⁷, en el que el sistema de derechos y

la Constitución económica están al servicio de una configuración social históricamente concreta, preocupada por la garantía de la procura existencial de los ciudadanos. Ello conduce a la consiguiente cobertura de las consideradas necesidades básicas, presupuesto indispensable de una libertad igual para todos²⁸ y fundamento de una renovada legitimidad que en este momento parece cuestionada²⁹.

3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: CONDICIONES DE REALIZACIÓN Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Como hemos señalado con anterioridad, la mayor parte de los derechos sociales se incardinan en expresos mandatos constitucionales³⁰, caracterizados por el hecho de que en ellos su consecución se sustrae a la libertad absoluta del legislador, de los órganos políticos. No son, como ya puso de manifiesto hace más de medio siglo Vezio Crisafulli, meras apelaciones políticas al legislador³¹, sino imposiciones constitucionales de distinta naturaleza que le obliga directamente, como a los restantes poderes públicos. En el caso español, los principios reconocidos en el Capítulo 3º del Título I de la CE, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente accionables (STC 36/1991)³². Se concretan, de conformidad con el art. 53.3 CE en que el reconocimiento, el respeto y la protección de los mismos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen. De este enunciado surgen varias dudas en torno a lo que suelen denominarse como “condiciones de realización”, y que hacen referencia, entre otras cuestiones, a las omisiones del legislador

y a la irreversibilidad de los derechos sociales. Vayamos con la primera cuestión.

A. LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

El TC ha afirmado con claridad que la naturaleza de los principios rectores hace improbable que una norma legal sea considerada inconstitucional por omisión, es decir, por no atender el mandato en el que cada principio o derecho se concreta a los poderes públicos y en especial al legislador (STC 45/1989). Aquí es necesario realizar ciertas matizaciones. Como bien se sabe, el ordenamiento constitucional español, a diferencia de por ejemplo el portugués, no configura un sistema de control directo de las omisiones legislativas absolutas³³. Sin embargo, en un sentido general está comúnmente aceptado que en las omisiones parciales o relativas, se pueden interrelacionar directamente con la insuficiencia normativa en la ley, ya que esta situación implica una acción incompleta, mal, o insuficientemente realizada por el legislador de la que se puede derivar un defecto de protección de los derechos fundamentales en general³⁴. En estos supuestos, cuando afecta a derechos, se podrá adoptar una declaración de inconstitucionalidad de carácter declarativo, sin nulidad, que puede ser equivalente a una sentencia de carácter interpretativo, que en la práctica supone, por una parte, la aplicación directa del precepto constitucional que establece el derecho fundamental y, por otra, la aplicación en el caso concreto de la ley en el contenido no omisivo de la misma³⁵.

Una parte de la doctrina ha señalado que en el caso de los derechos sociales, aun reconocidos como principios, en la medida en que la omisión del legislador pueda distorsionar la eficacia directa que despliega el precepto constitucional, el TC podría instar al legislador a actuar, sin que de aquí se derive una obligación inexcusable para el mismo, censurando su pasividad, y fijándole, incluso, unas directrices y un plazo, necesariamente orientativos, para

llevar a cabo la tarea que tiene constitucionalmente encomendada³⁶. Sin embargo, no se ha advertido si se habla de omisiones absolutas o relativas y, en tal caso, el mecanismo que habría que utilizar para llegar a un mandato de estas características.

En lo material, cabría deducirlas de las lagunas producidas por el incumplimiento de un mandato constitucional al legislador en un sentido estricto, de una norma que de forma permanente y concreta vincula al legislador a la adopción de medidas legislativas (órdenes de legislar). Esta perspectiva, derivada de la doctrina portuguesa sobre la cuestión³⁷, sería aplicable en abstracto a los derechos de contenido económico, social y cultural según hayan sido enunciados como principios rectores (el acceso a la cultura del art. 44 CE) o como auténticos mandatos al legislador, por ejemplo, el artículo 43.2 CE, a propósito del sistema nacional de salud y los arts. 41 y 50 CE, referidos respectivamente al mantenimiento de un sistema de seguridad social y de un sistema público de pensiones. No obstante, insistimos en que se podrán controlar las insuficiencias normativas de los derechos sociales, pero no las posibles restricciones totales que pueda ocasionar el legislador en una actividad de configuración normativa, que no suele ser concretada en la Constitución al recaer en normas abiertas al legislador.

En este sentido, extrapolando la experiencia alemana, J.C. Gavara ha señalado que en nuestro ordenamiento, tanto la prohibición de exceso de restricción como la prohibición de defecto de protección de derechos (formulaciones con las que se conoce la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio), son susceptibles de integrarse en la interdicción de arbitrariedad de las decisiones legislativas previstas en el art. 9.3 CE, con la consecuencia de que su contenido y controles materiales forman parte de los parámetros del control de constitucionalidad sin necesidad de articular un procedimiento específico³⁸. Se debe insistir, en todo caso, en la dificultad de desarrollar un control de las omisiones del legislador en materia de derechos sociales, dada

la ausencia de cauces procesales específicos para ello, lo que pone en cuestión no solo el dogma de la supremacía constitucional, sino la capacidad transformadora que se le supone al constitucionalismo social³⁹, hoy seriamente puesta en duda por los numerosos ámbitos que quedan fuera de la influencia de la Constitución⁴⁰.

B. LA IRREVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Resulta indiscutible que todas las categorías de derechos (civiles, políticos y sociales), entrañan una cierta dimensión distributiva. Su satisfacción exige en mayor o menor medida la asignación de subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos⁴¹. Lo que estaría en juego, por tanto, no es cómo garantizar los derechos más caros, sino decidir cómo y con qué prioridades se asignan los recursos que la satisfacción de todos los derechos exige. En este sentido, en el marco del Estado del bienestar, donde se trata de compensar las desigualdades a través de la intervención y regulación de los factores económicos, resulta lógico que se hayan ido desarrollando técnicas para frenar las supresiones definitivas o la desatención en materia de derechos sociales. La articulación del principio de no regresividad de los derechos sociales apareció inicialmente en Alemania, tras la aprobación de la Ley Fundamental, extendiéndose con posterioridad a otros países⁴², como un corolario lógico de la idea misma de Constitución normativa y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos⁴³.

Por lo tanto, cabría decir como regla general que, una vez regulados, los derechos sociales constitucionales introducen un núcleo esencial de necesidades básicas que el legislador no puede modificar en un sentido regresivo. Sobre todo, si con ello se frustra bien la confianza generada en sus titulares, bien una expectativa legítima que podría asimilarse tanto al derecho a la seguridad jurídica como al derecho de propiedad. Con ello, la irreversibilidad se puede relacionar con el planteamiento clásico del de-

recho privado de los derechos adquiridos, aunque también con los efectos de las garantías institucionales en la Constitución para las decisiones de eliminación por parte del legislador y con el principio de protección de confianza del administrado⁴⁴. Es importante recordar, en todo caso, que la irreversibilidad de las políticas sociales y de los derechos que incorporan, es un tema que la doctrina española ha abordado desde diferentes puntos de vista y desde que prácticamente se aprobó la CE.

Así, sin ánimo de ser exhaustivos, mientras López Guerra señaló tempranamente que la tesis de la irreversibilidad de las conquistas sociales formalizadas por el legislador, era una exigencia derivada de la Constitución⁴⁵, García Pelayo, desde la autoridad que le es propia, mantuvo con anterioridad una posición más matizada, teniendo en cuenta la aparición desde la década de 1970 de la denominada como crisis fiscal del Estado: desde este punto de vista, siquiera las soluciones correctoras del nivel de las prestaciones públicas son posibles de mantener constitucionalmente hablando⁴⁶. Por último, más cercano en el tiempo, Parejo Alfonso vislumbra la inconstitucionalidad de toda legislación de desarrollo constitucional que, sin fundamento suficiente, es decir, justificable en términos constitucionales, esté derechamente dirigida a la supresión o, simplemente, al recorte, por sí mismos, de contenidos propios de derechos sociales ya establecidos por ese mismo legislador. Ahora bien, la irreversibilidad en todo caso, por imperativo constitucional, de los desarrollos legislativos del orden económico - social supondría un inaceptable vaciamiento del principio de pluralismo político y, por tanto, del democrático, que implican la posibilidad, dentro del mismo orden constitucional, de diversas opciones (simultáneas en diversas instancias territoriales del Estado; y sucesivas en una misma instancia territorial) de configuración social⁴⁷.

El TC ha señalado, fundamentalmente en las sentencias 81/1982, 65/1987 y 65/1990, que la reconsideración de conquistas sociales por el legislador ordinario es posible dentro del marco de la Constitución: al legislador de

desarrollo de la Constitución le corresponde entonces la determinación y apreciación —en su contexto y en conexión con las circunstancias y disponibilidades económicas— de las situaciones que, previstas en la Constitución, demandan una acción prestacional del Estado, estableciéndolas y modificándolas, en particular en cuanto hace a su nivel y condiciones. En todo caso, la supresión de conquistas sociales establecidas no puede hacerse legítimamente sin razón suficiente para ello⁴⁸. La argumentación seguida aquí por el TC no es muy distinta de la seguida por otros sistemas comparados, donde también se admite que el legislador pueda adoptar disposiciones que modifiquen desfavorablemente la regulación de relaciones jurídicas establecidas en los derechos sociales, pero no de una forma irracional que incida arbitrariamente en situaciones jurídicas subjetivas, de forma que este tipo de actuación solo es admisible en el marco de una exigencia de equilibrio financiero inderogable, que exigiría justificar y examinar las finalidades de la reutilización de las partidas presupuestarias derogadas en las distintas materias⁴⁹.

La cuestión problemática reside aquí en la forma de comprobar cuándo una actuación de los poderes públicos traspasa unos límites determinados, implicando, más que una *reformatio in pejus*, un considerado despojo del mínimo intangible del derecho social. El TC ha señalado, por ejemplo, que la seguridad social, establecida en el art. 41 CE, consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuyo núcleo o reducto indisponible para el legislador ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 37/1994). En este y en otros casos de singular importancia, parece conveniente la realización de un test o estándar de razonabilidad de un plan o política de naturaleza regresiva. Correspondería por tanto a los poderes públicos la carga de la justificación de un programa así planteado, teniendo en cuenta factores como la legitimación, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas en cuestión⁵⁰.

Pero, por encima de estas consideraciones más o menos técnicas, los derechos sociales siempre estarán condicionados por la reserva de lo posible, que puede llegar a considerarse una exigencia constitucional derivada del conjunto de normas que admite la incapacidad financiera del Estado para cumplir con los mandatos constitucionales. En tales circunstancias, especialmente en momentos en los que la crisis económica se agudiza, el legislador debe decidir establecer las prioridades políticas⁵¹, particularmente ante la falta de medios presupuestarios y fiscales. En ausencia de una configuración constitucional concreta, que pueda ser deducida de las reglas de aplicación internas de la CE (derecho a la educación), resulta complicado extraer consecuencias jurídicas de una infracción por intermediación legislativa regresiva de derechos sociales.

Más sutil que todo lo anterior es sin duda la cuestión del marco constitucional constitutivo del límite infranqueable por el legislador ordinario en las operaciones de reconsideración y, en su caso, reforma de conquistas sociales por él mismo previamente establecidas; sobre todo el marco de la integración supranacional⁵², según señalábamos en la introducción. Es en este plano en el que el valor conferido actualmente al mercado para la satisfacción de las necesidades sociales puede llegar a determinar un profundo trastocamiento de la interpretación del orden constitucional en su conjunto; trastocamiento, que debe considerarse ilegítimo cuando traduce o expresa una reducción del sistema democrático —social a la dimensión propia del mercado— consumo⁵³. La influencia de la Constitución económica de la UE, encauzada a través de complejas tramas jurisprudenciales y oscuros procedimientos legislativos donde prima la efectividad del derecho sobre su legitimidad, está propiciando la reforma de importantes ámbitos del Estado social y su sustitución por un orden jurídico inaprensible que se encamina a la realización pragmática del ideal de un mercado libre, habitado por individuos preferentemente apolíticos y poco solidarios⁵⁴.

C. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Como ya hemos establecido, la estructura objetiva de los derechos de prestación en general, y los sociales en particular, los hace diferenciarse claramente de los derechos de defensa (de libertad y autonomía), autoejecutables cuanto menos de su faceta primaria característica, al imponerse por sí mismos frente a todos, de reputarse, además, fundamentales⁵⁵. Los primeros requieren habitualmente otros medios de realización más complejos e intensos. Así ocurre con los heterogéneos enunciados normativos que la Constitución española establece en el Capítulo III del Título I, sometidos al régimen de garantías del art. 53.3, y de los que no cabe deducir pretensiones jurídicas concretas, sino expectativas de intervención y prestación dependientes del desarrollo legislativo y de la actuación de las Administraciones correspondientes. Ello no quiere decir que su aplicabilidad indirecta o, si se quiere, diferida, suponga una limitación en su caracterización como auténticos derechos que otorgan una serie de facultades a los individuos, en las que se refleja su posición o estatus jurídico desde una perspectiva social o “situada”⁵⁶.

En todo caso, cuando se habla de garantías jurisdiccionales de los derechos sociales, lo primero que hay que hacer es hablar de la vinculación de su contenido al poder judicial. El problema reside inicialmente en la eterna dialéctica que se produce entre los propios derechos sociales y los principios rectores. No cabe ninguna duda de que los principios, particularmente los reconocidos en el Capítulo III de la Constitución española, lejos de constituir meras fórmulas vagas y retóricas, permiten dar cobertura a acciones del Estado (y de los particulares) que contribuyen en cierto modo a limitar y orientar el alcance de ciertos derechos y libertades. En virtud del principio de unidad de la Constitución, los principios deben ser considerados entonces como pautas interpretativas que valen tanto para el legislador como para el juez en su actividad (STC 14/1992),

porque de esta aplicación interpretativa conjunta y articulada depende la aplicación de las principales cláusulas del Estado social⁵⁷.

En el caso de la jurisprudencia del TC, los principios han servido en no pocas ocasiones como canon de validez de las normas sometidas a su control (SSTC 45/1989 y 222/1992). Sin embargo, esta utilización quedará difuminada cuando los principios mencionados expresen meras normas programáticas, particularmente cuando tales normas permitan una concreción del texto constitucional sujeto a criterios derivados del pluralismo y la oportunidad política que le es propia al legislador⁵⁸. Lo contrario ocurrirá cuando estemos en presencia de auténticos derechos expresados en el Capítulo III de la Constitución, que al fin y al cabo obligarán de común al poder público a concretar el contenido de otros principios fundamentales (sobre todo la igualdad) o de garantizar instituciones seculares del Estado social, como la seguridad social⁵⁹.

Sin embargo, queda claro que más allá de la labor que los jueces ordinarios lleven a cabo de acuerdo a los desarrollos configuradores que se realicen en el plano legislativo y jurisprudencial, los particulares no podrán, a través del amparo constitucional, articular pretensiones de reconocimiento de alguno de los derechos sociales a los que la Constitución española, en su art. 53.2, no ha cualificado mediante la tutela extraordinaria⁶⁰. Cabría en todo caso un empleo excepcional en este ámbito, vinculando los derechos sociales a alguno de los preceptos que se encuentran entre los arts. 14 y 29 CE, lo que supondría la supeditación de aquellos a las peculiaridades propias del derecho fundamental de que se trate, cuya infracción se presupone que se habrá realizado por aplicación legal⁶¹.

Frente al dispar reconocimiento jurídico-constitucional de los derechos sociales de prestación, Porras Ramírez ha destacado el notable esfuerzo por tutelar, en los diversos ámbitos jurisdiccionales, aquellos intereses colectivos, en ocasiones considerados difusos, en tanto que reclamados en no pocas ocasiones por un conjunto indiferenciado de sujetos, y que no

constituyen derechos subjetivos propiamente, merecedores de una garantía individualizada y exclusiva⁶². Nos referimos a todos aquellos derechos-intereses que expresan la tensión existente entre una aspiración social, compartida solidariamente por una comunidad de individuos, y un bien común expresamente protegido por el ordenamiento jurídico (arts. 24.1 y 7.3 LOPJ).

Destaca, en este sentido, el reconocimiento constitucional de intereses expresamente seleccionados, referidos a la protección de la salud, del medio ambiente, del patrimonio histórico, cultural y artístico, o a la garantía de la seguridad de los consumidores y usuarios, todos ellos declarados en normas contenidas en el Capítulo III del Título I de la Constitución española⁶³. En este ámbito, dado la potencial afectación que puedan sufrir los intereses citados, surge un derecho relacional de acceso a la jurisdicción ordinaria, del que los miembros de una colectividad organizada pueden deducir una pretensión común. Aunque en el recurso de amparo no parece factible esta operación, recientes avances jurisprudenciales en otros ámbitos materiales abren la posibilidad de una mejor protección constitucional de daños causados a una comunidad de sujetos⁶⁴.

D. ASPECTOS SOBRE LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LOS DERECHOS SOCIALES: APROXIMACIÓN GENERAL

Hemos señalado en el anterior apartado que los particulares no podrán, a través del amparo constitucional, articular pretensiones de reconocimiento de alguno de los derechos sociales a los que la Constitución española, en su art. 53.2, no ha cualificado mediante la tutela extraordinaria.

Ello no quiere decir que tales derechos (y otros que se encuentran en la sección 1ª y 2ª del Capítulo II del Título I) no cuenten con garantías procesales en los diferentes órdenes jurisdiccionales ordinarios. Al fin y el cabo, el art. 24.1 CE señala que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de

los jueces y tribunales en el ejercicio de sus *derechos* e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Con esta redacción, el constituyente, al igual que ha ocurrido en otros ordenamientos, trató de superar la idea de los derechos subjetivos como elemento determinante de la legitimación, que podría lastrar la tutela de intereses que también podrían servir para fijar en el fondo las posibilidades de acción jurídica de un determinado sujeto⁶⁵. Además, el art. 53.3 CE reconduce la no justiciabilidad a los principios del Capítulo III de la CE, no a los derechos propiamente. Por todo ello, a continuación haremos un breve repaso a las posibilidades procesales de los derechos sociales en los distintos órdenes jurisdiccionales⁶⁶.

Si tenemos en cuenta que una parte importante de los derechos sociales que reconoce la Constitución española tienen una naturaleza laboral o están vinculados con la seguridad social, resulta evidente que en el plano práctico el proceso laboral tiene una enorme relevancia a la hora de defender los intereses de trabajadores y afiliados a la seguridad social, en tanto en cuanto proporciona unos medios procesales rápidos y baratos para la defensa de intereses individuales y colectivos⁶⁷. Y es que cualquier trabajador, por el mero hecho de afirmar dicha situación, litigará gratuitamente en el proceso laboral, sin someter su acceso al derecho a ningún umbral económico (art. 2 d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), como sí ocurre en el orden civil y contencioso-administrativo. Junto a ello, el sujeto accede a un proceso eminentemente oral (el ámbito civil y contencioso-administrativo también han mejorado en ese sentido, sobre todo en los procesos de menor entidad económica o relevancia jurídica) que lo hace simple, de fácil asimilación para los ciudadanos, que incluso podrían litigar por sí mismos.

Además, en el campo del proceso laboral, es importante recordar que la Ley contempla diferentes modalidades procesales (procesos especiales) que tratan de proteger concretos derechos laborales de enorme relevancia, fundamentalmente vinculados al derecho del tra-

bajo, derecho a la seguridad social, a la negociación colectiva, los conflictos colectivos y el derecho a la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales⁶⁸. Por otro lado, desde el plano de la legitimación, la Ley de Procedimiento Laboral contempla la participación de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, tanto para la protección de los derechos e intereses que les son propios, como para la defensa de intereses individuales y colectivos (arts. 17.2 y 20.1 LPL, y 2.2.d) LOLS).

En el orden de lo contencioso-administrativo, volviendo a la cuestión de la tutela de intereses individuales y colectivos anteriormente aludida, cabe destacar en primer lugar el art. 19 h), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa (LJCA) que establece la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda ejercitar la acción popular, cuando así lo prevea la ley correspondiente. Ciertamente que este artículo no es más que un reflejo de lo previsto en el art. 125 CE, pero de sus preceptos se deduce que ésta no tiene lugar en todos los ámbitos del derecho administrativo. Esta acción se circunscribe así a la protección de determinadas situaciones jurídicas cuyos bienes jurídicos giran en torno a la cultura y patrimonio⁶⁹, el medio urbano y el territorio ordenado⁷⁰, el medio ambiente⁷¹ y el demanio de uso público, lo que fácilmente nos sitúa en el ámbito de los derechos sociales y en el de una garantía que lógicamente, debe girar más allá de la tradicional individualidad procesal.

En cuanto a la ejecución de las sentencias administrativas y al proceso especial en materia de protección de derechos fundamentales, éste último regulado en los arts. 114 a 122 LJCA, simplemente señalar que cubre las expectativas del art. 53.2 CE, pero su incidencia en el campo que ahora nos situamos será menor, pues los derechos sociales previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución tienen poca incidencia en el orden contencioso - administrativo. Cuando la Administración es condenada por incumplimiento, es importante recordar que los arts. 103 a 113 de la LJCA prevén multas coercitivas para las autoridades, funcionarios o agentes que incumplen

los requerimientos del Juzgado o Sala e incluso la posibilidad de deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder (art. 112 LJCA).

En el orden civil, sin entrar a analizar la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), es importante señalar que en el campo de los derechos sociales, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establece en su art. 18.1 (tutela judicial y protección contra las represalias) que la tutela comprende “la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”. En la misma línea, el art. 10 *ter* y la Disposición Adicional 3ª de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (al margen de otras acciones que prevé dicha ley), establece una acción de cesación frente a conductas de empresarios o profesionales contrarias a la ley que lesionan intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios.

En el marco de los derechos sociales también se ha puesto de manifiesto que los denominados “entes intermedios” tenían problemas para su intervención en el proceso civil⁷². Sin embargo, en lo que respecta a la capacidad, basta observar los arts. 6 y 7 de la LEC, para comprobar que dicha cuestión ha perdido en parte su razón de ser⁷³. De este modo, se completan en este ámbito significativos avances, como el del art. 19 de la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad antes aludida, conforme al cual, además de la legitimación individual, “las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen”. Preceptos similares pueden encontrarse en la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las

personas con discapacidad⁷⁴, también citada, y en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁷⁵.

Para finalizar, desde el ámbito del derecho penal, los derechos sociales reciben una amplia atención, y ello es fácilmente comprobable con sólo ojear el catálogo de delitos del Código Penal que protegen, cada vez con mayor incidencia y determinación, cuestiones como el trabajo, la salud pública, el medio ambiente y diversos aspectos relacionados con el consumo o el patrimonio histórico y cultural. De la compleja adaptación a las circunstancias que requieren los derechos sociales a la legislación penal, únicamente queremos llamar la atención sobre las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico español en lo relativo a la parte acusadora⁷⁶. Como se sabe, en el proceso penal español además del Ministerio Fiscal, puede intervenir el agraviado u ofendido por el delito, lo que permite la entrada de los sujetos afectados por el hecho criminal. El sujeto puede ser una persona física o jurídica. Pero en nuestro ordenamiento también es posible que junto a las anteriores partes también pueda intervenir cualquier ciudadano (español o comunitario) para la imposición de una pena, a través de la acción popular (ejercida por una persona física o jurídica), y siempre que se trate de delitos públicos, normativa cuyo fundamento hay que buscar en los arts. 125 CE, 19 LOPJ y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁷.

4. CONCLUSIONES: CRISIS Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES

El presente trabajo ha pretendido analizar la cuestión de los derechos sociales desde una perspectiva que bien puede calificarse como iusrealista. El momento de crisis económica que actualmente vivimos, ha puesto de manifiesto la dificultad de seguir manteniendo la tesis dominante, según la cual parecía superada

la distinción dogmática entre derechos liberales de defensa, y derechos sociales prestacionales. El final de la Guerra Fría ha traído consigo un nuevo periodo histórico en el que se prescinde de la legitimidad democrática, como es el caso de la UE, y parece que se apela a una legitimidad jurídica que pretende hacerse fuerte en un reconocimiento universal de derechos donde se acumulan distintas generaciones, sujetos y niveles de garantía. La crisis está poniendo en entredicho la ilusión positivista de la pasión normativa del Estado del bienestar, que como en el caso español, ofrece derechos a cambio de votos en un contexto de crecimiento económico ficticio tendente a destruir cualquier forma social basada en un consumo responsable y un reparto de la riqueza más justo y solidario.

Las severas restricciones financieras y fiscales a las que en la actualidad se ven sometidos los países de la periferia europea, ponen de manifiesto la dificultad de considerar a los derechos sociales como una categoría normativa autónoma, con capacidad para satisfacer de forma inmediata la realización de los intereses individuales y colectivos⁷⁸. Más al contrario, los derechos sociales, de naturaleza prestacional, requieren de la mediación de los poderes públicos para su cumplimiento, lo que resalta la dimensión objetiva de los mismos y su consideración como pretensiones jurídicas de los ciudadanos hacia las distintas Administraciones. Ello permite que en momentos de especial zozobra y falta de consenso sobre la asignación de recursos, puedan verse minorados o incluso que puedan desaparecer del ordenamiento jurídico, siempre que, como en el caso del Capítulo III de la Constitución española, se respete la institución o se mantenga un mínimo material asociado a su consolidación en el tiempo.

Efectivamente, la cuestión central de los derechos sigue residiendo hoy en día en el tema de sus garantías. En el presente trabajo hemos pretendido dar cuenta de los diferentes niveles de garantías de los derechos sociales, teniendo en cuenta que el modelo de Estado en el que se integran implica su reconsideración desde una perspectiva constitucional, es decir, vinculada con una dimensión democrática donde se trata

de conciliar la libertad y la igualdad. De este modo, se han distinguido entre las garantías relacionadas con las condiciones de realización de los derechos sociales, y lo que son propiamente las garantías jurisdiccionales y procesales de los mismos.

En cuanto a las primeras, se ha destacado la dificultad de desarrollar un control expreso de las omisiones del legislador en materia de derechos sociales o principios rectores de las políticas públicas, dada la ausencia de cauces procesales específicos para ello, lo que no impide reconocer avances en la aplicación del principio de proporcionalidad en la prohibición de defecto de protección, del mismo modo que ocurre con el desarrollo legal de los derechos fundamentales. Además, la más reciente actuación de los poderes públicos sigue demostrando la posibilidad de que se reconsideren las conquistas sociales (lo que incluye obviamente a los derechos), que se encuentran sometidas al imperativo fáctico de la reserva de lo posible. En todo caso, es importante señalar que la posible regresividad de los derechos sociales requiere una justificación en el orden de las prioridades políticas, y la aplicación de un estándar de razonabilidad donde se tengan en cuenta factores como la legitimidad, la idoneidad y la necesidad de las medidas adoptadas.

Sin duda, las cuestiones vinculadas a las condiciones de realización de los derechos sociales indican un pobre avance metodológico y dogmático en la materia en los últimos años. Ello se debe, en buena medida, a la fuerte influencia del fenómeno europeo, que progresivamente va mutando las estructuras constitucionales de los Estados miembros de acuerdo a una perspectiva en la que se pone al mercado por delante de los ciudadanos. En este recorrido, se van transformando, de acuerdo a imperativos materiales reguladores, las facultades subjetivas de individuos o grupos y las estructuras organizativas dispuestas para posibilitar el ejercicio de sus derechos privativos e intereses legítimos. Sin embargo, cabe apreciarse, en el ámbito de lo que son propiamente las

garantías jurisdiccionales y procesales, ciertos avances en materia de derechos sociales, al margen de la consabida limitación establecida en el art. 53.2 CE, que no los ha cualificado mediante la tutela extraordinaria del amparo constitucional.

Como bien se sabe, el pluralismo disolvente del Estado social ha implicado la toma en consideración de las circunstancias concretas de ciudadanos y grupos, siendo el sujeto promotor de los derechos ya no los grandes bloques sociopolíticos (clase obrera), sino colectivos impulsados por la satisfacción de sus necesidades o movimientos sociales aglutinados en torno a objetivos presentados como respuesta a las crisis contemporáneas. En este sentido, los diferentes órdenes jurisdiccionales han ido ampliando a través de distintas reformas legales y procesales la tutela de aquellos intereses difusos, de naturaleza colectiva, reclamados en no pocas ocasiones por un conjunto indiferenciado de sujetos, referidos a ámbitos como la salud, el medio ambiente, el patrimonio histórico o la garantía de la seguridad de los consumidores y usuarios. Con ello, se logra un mejor, aunque todavía insuficiente, equilibrio entre aquellos derechos e intereses derivados de una aspiración social y un bien común expresamente protegido por el ordenamiento constitucional.

Crisis y derechos sociales. Ambos conceptos demuestran la pesada carga que soportan los hombros del derecho cuando tiene que enfrentarse a la filosofía de la historia y de la experiencia, como demostró Marx en *La cuestión judía*. El ingrediente utópico de la cultura constitucional, que en los últimos años ha construido grandes dogmáticas de derechos fundamentales, parece derribarse como símbolo de un idealismo digno de los mejores empeños, expresión de sociedades que huyen hacia delante en la búsqueda de un orden político más justo y solidario, pero que muestran un autismo total por el origen de los conflictos sociales, políticos y económicos que ponen en cuestión sus fundamentos civilizatorios⁷⁹.

NOTAS

1. Josu de Miguel es profesor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Mail: jesusmaria.demiguel@uab.cat
2. Idea contestada recientemente por BOGNETTI, G.: “Cos’è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin”, *Quaderni costituzionali*, nº 1, 2008 e inicialmente, desde una perspectiva completamente diferente, por NEGRI, A.: *La forma Estado*, Akal, Madrid, 2003.
3. GIANNINI, M.S.: *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bolonia, 1986 caracterizó con razón al Estado social como una noción inútil, si se tenía en cuenta que la mayor parte del derecho público de la época comenzaba a confundirlo con el Estado del bienestar.
4. GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1985, p. 101.
5. LUHMANN, N.: *Teoría política del Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, p. 31.
6. ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K.: *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
7. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2003.
8. PAREJO ALFONSO, L.: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000, p. 240 y ss.
9. GARCÍA HERRERA, M.Á. y MAESTRO, G.: *Marginación, Estado Social y Prestaciones Autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999; CASSESE, S.: “La nuova costituzione economica”, en CASSESE, S. (a cura di): *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2007, pp. 291-301 y JESSOP, B.: *El futuro del Estado capitalista*, Catarata, Madrid, 2008, p. 55 y ss.
10. PIERINI, A.: *Federalismo e welfare State nell’esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzioni e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Giappichelli Editore, Turín, 2003, en especial pp. 185-210.
11. MIGUEL BÁRCENA, J. de: “La hora del autonomismo competitivo en el marco de la globalización y el proceso de integración europea”, en GARCÍA ROCA, J. y ALBERTI, E. (coords.): *Treinta años de Constitución. Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 303-328.
12. CASCAJO, J.L.: “Los derechos sociales, hoy”, *Revista catalana de dret públic*, nº 38, 2009, pp. 21-42.
13. STC 247/2007. Sobre las cuestiones aludidas en el párrafo anterior, ver GAVARA DE CARA, J.A. (Ed.): *Los derechos como principios objetivos en el Estado compuesto*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010; GONZÁLEZ PASCUAL, M.I.: *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales*, IVAP, Oñate, 2007, y; LÓPEZ MENUDO, E.: “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 73, 2009.
14. MAESTRO BUELGA, G.: “El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 64, 2002, pp. 193 y ss.
15. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004, para quien un derecho existe si las normas que lo contemplan han sido producidas por el legislador siguiendo las reglas procesales y de competencia previstas para su producción.
16. Ver las elaboradas construcciones de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002 y PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
17. BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1992, p. 82 y ZOLO, D.: “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en CABO, A. de y PISARELLO, G. (Eds.): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007, p. 97.

18. TOMÁS y VALIENTE, F.: “La resistencia constitucional y los valores”, en el Vol.: *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 4435-4445.
19. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Ed.): *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 662 y 663 y COSSIO DÍAZ, J.R.: *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 175 y ss.
20. HABERMAS, J.: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986.
21. SSTC 5/1981 y 16/1981, entre otras. JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 17 y 27 y PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
22. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, Vol. 1, p. 51.
23. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, p. 664.
24. Sobre estos, ver TAJADURA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
25. La distinción de los cuatro grupos la realiza GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010, p. 40 y ss., a quien seguimos obviamente en esta cuestión.
26. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 41.
27. GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, p. 26 y ss.; GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984 y PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, entre otros.
28. El concepto de igual libertad en LÓPEZ PINA, A.: *La Constitución territorial de España. El orden jurídico como garantía de la igual libertad*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2006, p. 73.
29. CABO MARTÍN, C. de: *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, p. 88 y ss. y CÁMARA VILLAR, G. (coord.): *Pensamiento crítico y crisis capitalista*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.
30. Mandatos constitucionales de optimización, según la terminología de ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 483 y ss.
31. CRISAFULLI, V.: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffè, Milán, 1952, volumen en el que se encontraba el trabajo “Norme programmatiche della Costituzione”.
32. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 49.
33. GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 215-217.
34. GAVARA DE CARA, J.C.: “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, nº 69, 2007, p. 102. En general sobre este tema, ver VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 49 y ss. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general; derecho comparado; el caso español*, Civitas, Madrid, 1998.
35. DÍAZ REVORIO, F.J.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en el Derecho Comparado Europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61, 2001, pp. 81-30.

36. Ello sin que quepa, obviamente, una sustitución de las funciones del legislador por parte del TC, PORRAS RAMÍREZ, J.M.: "Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional", *op. cit.*, p. 666.
37. Sobre el tema, ver GOMES CANHOTILHO, J. J.: *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 1089 y ss.
38. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 53.
39. TAJADURA TEJADA, J.: "La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales", CORCUERA ATIENZA, J. (coord.): *La protección de los derechos fundamentales en la unión europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 443-465
40. VEGA GARCÍA, P. de: "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, 1998, pp. 13-56.
41. PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, pp. 60 y 61.
42. PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, p. 63.
43. BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 81 y ss.
44. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 61.
45. LÓPEZ GUERRA, L.: "Las dimensiones del Estado social de Derecho", *Sistema*, nº 38-39, 1980, p. 171 y ss.
46. GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 170-197.
47. PAREJO ALFONSO, L.: "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", *op. cit.*, p. 225. Desde una posición más matizada, pero con el mismo argumento de fondo, CÁMARA VILLA, G.: "Constitución económica y derechos sociales", en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *Derecho constitucional*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 258.
48. En especial, la STC 81/1982, donde se señala que "Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 CE de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no puede privarse al trabajador *sin razón suficiente* para ello de las conquistas sociales va conseguidas".
49. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, *op. cit.*, pp. 60 y 61. En el mismo sentido, COBREROS MENDAZONA, E.: "Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 19, 1987, p. 224.
50. PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *op. cit.*, p. 65, que cita a BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, en lo relativo a los test de proporcionalidad en el ámbito de los derechos sociales.
51. Prioridades políticas que deben tener en cuenta que todas las categorías de derechos tienen un coste, HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York/London, 1999.
52. LABRIOLA, S.: "Costituzione materiale e transizione", CATELANI, A. y LABRIOLA, S. (a cura di): *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 239-278.
53. PAREJO ALFONSO, L.: "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", *op. cit.*, p. 227.
54. SOMEK, A.: *Individualism: An Essay on the Authority of the European Unión*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Existe un magnífico comentario al libro, de MENÉNDEZ, A.J.: "Alexander Somek, *Individualism*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009, pp. 371-380.

55. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, p. 667; la dimensión objetiva de los derechos sociales, en general, GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales, op. cit.* y una perspectiva crítica a la separación estructural entre derechos de prestación y de defensa, en PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, op. cit.*, en especial el capítulo 3.
56. ESCOBAR ROCA, G.: *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 71-76, que trae a colación diversos métodos interpretativos del texto constitucional (interna, sistemática, literal y auténtica). Según el citado autor, los arts. 43.1, 44.1 y 47 CE hablan de “derechos” y en la dogmática jurídica no hay otros derechos que los subjetivos, los cuales por definición son justiciables, de acuerdo al art. 24 CE.
57. PRIETO SANCHÍS, L.: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995, p. 42.
58. Inicialmente señalado por OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 48.
59. Sobre las garantías institucionales, ver JIMÉNEZ BLANCO, “Garantías Institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Tomo II, De los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 635 a 650.
60. De la ya clásica distinción entre derechos fundamentales, constitucionales y sociales elaborada por JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Derechos y garantías, op. cit.*, pp. 123-125.
61. Así, en las sentencias 62/2007 y 160/2007, el TC protege el derecho a la salud a través del derecho a la integridad física. LÓPEZ RAMÓN, F.: “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997.
62. PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, *op. cit.*, p. 669 y ss.
63. Sobre el derecho al medio ambiente, ver ARLUCEA RUÍZ, E.: *Conceptos ambientales básicos de la Constitución de 1978*, IVAP, Bilbao, 2004, pp. 149-204; la caracterización de la protección del patrimonio histórico como derecho social, en LASAGA SANZ, R.: “La protección del patrimonio artístico, histórico y cultural como derecho social”, en GARCÍA HERRERA, M.Á. (coord.): *Constitución y democracia, 25 años de Constitución y democracia en España*, Vol. 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 665-678.
64. El TC llega a decir en la Sentencia 361/2006, que el derecho al voto de los parlamentarios se incluye sin duda entre las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales respecto de las que los grupos parlamentarios ostentan la representación de sus miembros, por lo que cabría el correlativo reconocimiento de la lesión de un derecho de grupo. Sobre esta cuestión, ver GARCÍA- ESCUDERO MÁRQUEZ, P.: “¿Es posible repetir las votaciones parlamentarias? ¿Vota el diputado o el grupo parlamentario? A propósito de la STC 361/2006”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007, pp. 611-631 y PULIDO QUECEDO, M.: “El grupo parlamentario como titular del ‘derecho de voto colectivo’”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 21/22, 2007.
65. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 112.
66. En esta parte seguimos fundamentalmente a COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006, pp. 295-306.
67. Sobre los orígenes y la transformación de la legislación social en una legislación de previsión social en general, ver MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
68. Así, la Ley de Procedimiento laboral en los arts. 102 a 182, contempla, entre otros, el proceso de despido, vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, seguridad social, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de los derechos de libertad sindical.

69. La cultura es objeto de protección a través de la acción popular en el art. 8.2 de la Ley 16/85, de 25 de junio, de Patrimonio histórico español, que establece que “será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales Contencioso- Administrativo el cumplimiento de lo previsto en esta ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico español”.

70. Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuyo art. 304 establece el carácter público de la “acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativo, la observancia de la legislación urbanística y de los planes, proyectos, normas y ordenanza” y STC 102/95.

71. Sin posibilidad de ser exhaustivos, ver por ejemplo la Ley 22/1988, de 29 de julio, de costas, cuyo art. 109.1 establece acción popular “para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación”.

72. COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *op. cit.*, pp. 299 y 300. Los ejemplos extraídos a continuación pertenecen al mismo trabajo y al mismo autor.

73. Así, gozan de legitimación, además de las personas físicas y jurídicas tradicionales, el *nasciturus*, las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular, las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte, el Ministerio Fiscal, las sociedades irregulares, y ahora también, los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo componen estén determinados o sean fácilmente determinables, a los que se unen las asociaciones de consumidores o entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

74. Art. 19: “Las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”.

75. Art. 31: “Las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico”.

76. COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 302.

77. STC 34/94, de 31 de enero respecto de la acción popular ejercida por una asociación naturalista en un delito de prevaricación. COLMENERO GUERRA, J.A.: “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 302.

78. CABO, C. de: “El sujeto y sus derechos”, en APARICIO, M.A. (coord.): *Derechos constitucionales y formas políticas*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 24 y ss.

79. JUDT, T.: *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 2010.