

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

TOMO II

CAPÍTULO X

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

PRESENTACIÓN

ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA
Profesora de la Universidad de Alcalá

Ante todo, quiero agradecer a los organizadores de este XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y muy especialmente a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que me hayan invitado a presentar una ponencia en la Mesa dedicada a la igualdad, no discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad y a moderar esta Mesa sobre protección de los derechos sociales. En un congreso sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución no podía faltar una sección dedicada a los derechos sociales. Aunque es habitual que los derechos sociales, o bien no aparezcan reconocidos en las Constituciones, o bien aparezcan con una garantía inferior a los derechos civiles y políticos, lo cierto es que los distintos tribunales constitucionales han llevado a cabo algún tipo de protección de estos derechos, siquiera sea de forma indirecta, lo mismo que los tribunales internacionales de derechos humanos.

En las declaraciones internacionales de derechos humanos y también en las Constituciones es habitual distinguir entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales. Aunque en las organizaciones internacionales se afirma repetidamente la indivisibilidad de los derechos¹, basados todos ellos en el respeto a la dignidad humana, en unos y otros tipos de documentos es habitual también que los derechos civiles y políticos gocen de un sistema de garantías más completo, mientras que los derechos económicos y sociales tienen una protección mucho más limitada.

¹ También en la doctrina se ha insistido en la indivisibilidad de los derechos. *Vid.*, por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004; HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Madrid, Siglo XXI, 2015 (3ª edición) y ESCOBAR ROCA, G., «Indivisibilidad y derechos sociales. De la Declaración Universal a la Constitución», *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2012.

Así sucede, por ejemplo, con los Pactos Internacionales aprobados en 1966 en el ámbito de Naciones Unidas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) tiene un sistema de protección más completo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

También encontramos la misma dualidad en el ámbito del Consejo de Europa, en el que los derechos civiles y políticos se reconocen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado en 1950 y protegido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y los derechos sociales en la Carta Social Europea (CSE), adoptada en 1961 y reformada en 1996, cuya garantía se encomienda al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), cuyas decisiones tienen menor fuerza vinculante que las del TEDH.

En la Unión Europea, sin embargo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, reconoce de forma indiferenciada derechos civiles y políticos y derechos sociales, aunque es doctrina común considerar que la eficacia de los derechos sociales de la Carta no debe ser mayor que la que éstos tienen en los Estados².

En el ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, se incluye un artículo, el 26, por el que los Estados se comprometen a «lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales», que desarrolla el Protocolo de San Salvador, aprobado en 1988.

Ahora bien, no todos los derechos sociales tienen la misma naturaleza. En las declaraciones de estos derechos se suelen incluir figuras diversas. Sintetizando, podemos distinguir dos grandes categorías de derechos sociales³: a) *Derechos sociales de libertad*, de naturaleza similar a la mayoría de los derechos civiles y políticos reivindicados en las revoluciones liberales, es decir, se trata de derechos que exigen, fundamentalmente, una actitud negativa, de no injerencia, del Estado. De este tipo son los derechos de libre sindicación y de huelga y b) *Derechos sociales de pres-*

² Vid. HERREROS LÓPEZ, J. M., «El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales» en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 429. En la versión de la Carta de 2007 se introduce la distinción entre *derechos* y *principios* (arts. 51 y 52) y se otorga una menor eficacia jurídica a estos últimos por lo que se refiere a su invocabilidad ante los tribunales. Es cierto que no se determina claramente qué preceptos reconocen *derechos* y cuáles establecen *principios*, con una menor justiciabilidad, pero, en opinión de Cruz Villalón, en una interpretación sistemática y teniendo en cuenta el Derecho comparado europeo, los derechos sociales de prestación entrarían, en general, en la categoría de *principios*. Vid., las Conclusiones del Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN presentadas el 18 de julio de 2013 en el asunto C-176-12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³ Vid. LAPORTA, F., «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema» en BETEGÓN, J. (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 298-300.

tación⁴. Éstos otorgan al sujeto un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre ellos, podemos encontrar supuestos en los que se trata de demandar la entrega de un bien (derecho a una vivienda digna), la prestación de un servicio (educación, protección de la salud...) o la percepción de una asignación económica (pensiones, subsidios...)⁵.

Los derechos que plantean mayores problemas en cuanto a su justiciabilidad, son los *derechos sociales de prestación*. De hecho, son, en su mayor parte, los derechos que quedan excluidos del CEDH y relegados a la CSE. Y en la Constitución española son, fundamentalmente, los reconocidos en el Capítulo III del Título I, entre los *Principios Rectores de la Política Social y Económica*, que gozan de una eficacia jurídica menor que los derechos contenidos en el Capítulo II del mismo Título (art. 53.3 CE).

La doctrina más tradicional pone de manifiesto que para que un Estado pueda garantizar plenamente los derechos a la educación, a la protección de la salud, a una vivienda digna o a una protección social mínima ha de contar con unos medios económicos muy abundantes, por no decir ilimitados⁶. Por otra parte, se afirma también que los jueces y tribunales no deben sustituir a los gobiernos y parlamentos en la definición de las políticas públicas que traten de hacer realidad estos derechos, pues la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado es misión de los poderes legislativo y ejecutivo, no del poder judicial⁷.

A pesar de ello, numerosos trabajos doctrinales tratan de justificar la aptitud de los derechos sociales de prestación para ser calificados de derechos fundamenta-

⁴ Sobre los derechos sociales de prestación *vid.* ESCOBAR ROCA, G., «Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)» en: ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 459-647.

⁵ Aunque no faltan autores que ponen de manifiesto que esta distinción es artificiosa puesto que, en realidad, todos los derechos tienen una faceta de libertad y una faceta de prestación. Así, el derecho a la vida o a la propiedad privada, por ejemplo, precisan de una importante actividad pública para su protección (cuerpos policiales, aparato judicial, prisiones) con un coste importante. Y los derechos de prestación (educación, salud, vivienda) también deben ser disfrutados en libertad. *Vid.* por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *ob. cit.* y HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, *ob. cit.*

⁶ *Vid.* FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado social», en ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E. y DOHERING, K., *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

⁷ Con referencia a la Constitución española, Francisco Bastida argumenta bien sobre dificultad de la consideración de los derechos sociales de prestación reconocidos en el Capítulo III del Título Primero como derechos fundamentales, si partimos de un concepto de «fundamentalidad jurídica». *Vid.* BASTIDA, F.J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol II, Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 1083-1101.

les y para gozar de un cierto nivel de eficacia jurídica, sometida siempre a un juicio de ponderación con otros bienes y derechos⁸. Además, ya se garantiza habitualmente de forma universal un derecho de prestación típico, como es el derecho de educación básica obligatoria⁹. Del mismo modo, podrían garantizarse otros derechos sociales de prestación, siempre que se estableciesen unos niveles mínimos factibles¹⁰. La fijación de estos niveles mínimos es tarea principal del legislador, pero los tribunales deberían poder establecer también unos estándares básicos de protección en caso de actividad legislativa injustificadamente restrictiva o de ausencia flagrante de tal actividad en la protección de los derechos sociales de prestación¹¹.

Así lo han hecho algunos tribunales internacionales y también nacionales. En particular, es muy interesante la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos sociales¹². Por lo que se refiere a los tribunales nacionales, merece la pena destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano en sus Sentencias 80/2010, de 22 de febrero, y 275/2016, de 16 de diciembre, en las que ha considerado inconstitucionales las restricciones legislativas establecidas en materia de protección de alumnos con discapacidad (relativas a los profesores de apoyo y al transporte escolar) por contravenir el «núcleo indisponible de garantía» del derecho a la educación de las personas con discapacidad grave. Aunque el Tribunal reconoce un margen de discrecionalidad del legislador en la protección de los derechos fundamentales, considera que, en este caso, se había vulnerado el núcleo esencial del derecho que debe ser respetado en todo caso.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, *ob. cit.*; ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005; ALEX, R. (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007; CARMONA CUENCA, E., «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, *ob. cit.*, pp. 1103-1118; PISARELLO, G. (Ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009; KOCH, I.E., *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2009; ESCOBAR ROCA, G. (Dir.) (2012), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, *ob. cit.* y CHATTON, G.T., *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Shulthess Médias Juridiques, Genève, 2013, entre muchos otros.

⁹ Así lo hace la Constitución española en su art. 27.

¹⁰ *Vid.* CARMONA CUENCA, E., «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», *cit.*

¹¹ El debate para el TC se plantea entre la aplicación del juicio de proporcionalidad a las restricciones de derechos sociales y la tutela del núcleo mínimo indisponible del derecho, como ha defendido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. *Vid.* GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Civitas, 2019, p. 165.

¹² *Vid.* CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político* (UNED) Núm. 100, 2017.

En la Mesa N° 10 de este Encuentro tenemos la suerte de contar con ponentes de lujo, especialistas en la protección de los derechos sociales en distintos ámbitos a ambos lados del Atlántico. En sus ponencias nos ilustrarán sobre las dificultades de protección de los derechos sociales, pero, sobre todo, realizarán interesantísimas propuestas para lograr su mayor protección y justiciabilidad. Por orden alfabético de intervención, estos ponentes son: Juan Manuel Acuña, Profesor titular de Teoría Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana; Rodrigo Gutiérrez, investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Juana María Ibáñez Rivas, investigadora del *Groupe d'Études en Droit International et Latino-américain de La Sorbonne* y Luis Jimena Quesada, catedrático de la *Universitat de València* y antiguo miembro y Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales.