

LOS DERECHOS SOCIALES: ENTRE LA UTOPIA DE SU JUSTICIABILIDAD INMEDIATA Y LA NEGATIVA REGRESIVA DE SU VINCULATORIEDAD

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
*Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad Autónoma de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

En 1966, en el ámbito de Naciones Unidas, se resolvió regular en textos separados los denominados derechos civiles y políticos –en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, y los denominados derechos sociales –en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–.

Igualmente, en el ámbito del Consejo de Europa se adoptaron dos Convenios distintos con garantías diferentes para la protección de ambas categorías de derechos. Por un lado, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950 y, por otro, la Carta Social Europea (CSE) de 1961¹.

A nivel interno la doctrina y la jurisprudencia dominantes en los distintos estados constitucionales europeos viene atribuyendo un régimen jurídico diferenciado a la mayoría de los derechos sociales. Régimen jurídico diferenciado que se cifra en la distinta justiciabilidad que se reconocería ante las instancias nacionales de protección, por un lado, a los derechos civiles y políticos, y, por otro, a los derechos sociales.

Así, mientras que los primeros tendrían como propiedades principales tanto vincular a los poderes públicos como ser directamente aplicables por los jueces y tribunales ordinarios por suponer el reconocimiento de derechos subjetivos a los ciudadanos, los segundos vincularían a los poderes públicos, pero carecerían del rasgo de ser inmediatamente aplicables.

La mayoría de los denominados derechos «sociales» responden en su estructura básica a los elementos propios de los denominados derechos de prestación² que vienen definidos como aquellos derechos –como son la educación, la protección

1 Así, recuerda Carmona como “mientras que el sistema del CEDH incluye como mecanismo de garantía un Tribunal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas decisiones tienen fuerza vinculante para los Estados (art. 46 CEDH) y un procedimiento de demandas individuales, el órgano de control de la CSE es el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y el sistema de protección se basa en la presentación de Informes por los Estados”. CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del estado en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos», en: *Revista de Derecho Político*, n° 100, septiembre-diciembre 2017, p. 1213.

2 Cabe excepcionar de este carácter prestacional algunos derechos que la doctrina viene considerando también derechos sociales como los derechos de libre sindicación y de huelga que serían derechos sociales de libertad.

de la salud, la vivienda o la protección social, entre otros— que tienen como objeto pretensiones de prestaciones por parte del Estado en favor del individuo³.

En sistemas jurídicos como el alemán o el italiano se ha señalado como la aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales se encuentra condicionada por el hecho de que los mismos presuponen una organización necesaria e idónea para el suministro de la prestación, por lo que no serían accionables de modo directo⁴.

Así la doctrina alemana mayoritaria ha excluido con carácter general la aplicabilidad inmediata de los derechos prestacionales, aún en un contenido mínimo, al considerar que estos “no pueden fundamentar directamente en sí pretensiones reclamables judicialmente” pues sería “propio de su naturaleza el que no representen derecho inmediato (para los ciudadanos) cuando están en la Constitución y antes de su conformación por parte del legislador”⁵. Para Böckenförde la indeterminación del objeto de la pretensión y la necesidad de respetar las competencias del Parlamento imponen prescindir del sujeto activo en la estructura del derecho social. Los derechos sociales serían mandatos jurídico-objetivos dirigidos al legislador y a la administración. Se niega así que los derechos sociales por su misma naturaleza puedan ser reclamados judicialmente como derechos subjetivos⁶.

En el mismo sentido la *Corte Costituzionale* italiana ha afirmado que como todo derecho a prestaciones positivas, el derecho a obtener un tratamiento médico, “al estar basado en normas constitucionales de carácter programático que imponen un fin específico a alcanzar, se garantiza a cada persona como un derecho consti-

3 DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 6ª ed., 2004, p. 288. Ciertamente también en el caso de los derechos de libertad que nacieron como un ámbito reservado a los individuos frente a los poderes públicos se ha transitado desde la idea de un mero deber de abstención por parte de estos a una obligación de promover las condiciones para su desarrollo.

4 VIDAL PRADO, C., «Panorama de Derecho Comparado», en: ESCOBAR ROCA, G., (dir.); *Derechos sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 103.

5 BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 78.

6 Frente a ello Alexy sostiene que habría derechos sociales que sí deben considerarse fundamentales y por tanto directamente exigibles en el caso de que se cumplan las siguientes condiciones: que sea una exigencia muy urgente para hacer posible la libertad real, y que sea reducido el grado de afectación al principio de división de poderes o a otros principios materiales como son especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros, esto es a los derechos fundamentales de terceros. Entre estos derechos podrían estar el derecho a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica. ALEXY, R., *Teoría de los derechos Fundamentales*, CEPC, 1993, p. 495.

tucional condicionado por la concreción que el legislador ordinario le da a través de la ponderación del interés protegido por ese derecho con los demás intereses constitucionalmente protegidos, teniendo en cuenta los límites objetivos que el mismo legislador encuentra en su labor de ejecución en relación con los recursos organizativos y financieros de que dispone en ese momento. Este principio, que es común a cualquier otro derecho constitucional a prestaciones positivas, no implica, ciertamente, una degradación de la protección primaria asegurada por la Constitución a una puramente legislativa, pero sí implica que la realización de la protección constitucionalmente obligatoria de un determinado bien (la salud) debe producirse progresivamente tras una razonable ponderación con otros intereses o bienes que gozan de igual protección constitucional y con la posibilidad real y objetiva de disponer de los recursos necesarios para la misma realización: una ponderación que sigue estando sometida al control de este Tribunal en las formas y modos propios del uso de la discrecionalidad legislativa”(*Sentenza* 455/1990)⁷.

Por contraposición a las concepciones referidas, en el caso español habría sido la propia Constitución la que habría otorgado el referido régimen jurídico diferenciado a la mayoría de los derechos sociales al incluirlos en el Capítulo III del Título I como meros principios rectores. Sin embargo, aquellos otros derechos sociales que no han quedado incluidos en aquel Capítulo III, como es el caso del derecho a la educación, en principio sí podrían fundamentar directamente pretensiones reclamables judicialmente siempre que fuese capaz el juez de deducir del precepto constitucional un contenido mínimo del derecho⁸. Así, algunos

7 Para la Corte, por tanto, “es errónea la propia premisa en la que se basan todas las pretensiones de inconstitucionalidad planteadas por el tribunal *a quo* y, en particular, la pretensión de que pueda decirse que existe un derecho subjetivo pleno e incondicional a los servicios sanitarios que exceden los límites de la prestación legítimamente prevista por las leyes ordinarias”.

8 Tal como recuerda Presno, la fundamentalidad de un derecho implica una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata; eso es lo que ocurre en nuestro ordenamiento con un derecho social como la educación, del que ya la STC 86/1985, de 10 de julio, afirmó que “incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este art. 27 de la norma fundamental” (FJ 3). PRESNO LINERA, M., «¿Podría ser la protección de la salud un derecho fundamental?», en <https://presnolinera.wordpress.com/2019/01/09/podria-ser-la-proteccion-de-la-salud-un-derecho-fundamental/> En la STC 86/1985 se contraponen el derecho fundamental prestacional recogido en el apartado 4 del artículo 27 CE cuando dispone que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita” con el mandato al legislador que se encierra en el apartado 7 del artículo 27 cuando dispone que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”.

derechos sociales, que ciertamente admiten diferentes grados de satisfacción en función de los diferentes intereses implicados, tendrían, pese a todo, el referido contenido mínimo susceptible de ser reconocido por los jueces y tribunales como un derecho subjetivo.

Una reciente corriente doctrinal viene a propugnar que los derechos sociales no son sustancialmente diferentes a los demás derechos. Se trataría de derechos fuertemente vinculados con la dignidad, pues atienden a las condiciones de vida de las personas y son el verdadero presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad. Es por ello por lo que exigen que se les reconozca a los derechos sociales, aún a aquellos que se recogen como principios rectores, también el rasgo de su justiciabilidad, esto es, el de suponer el reconocimiento de derechos subjetivos susceptibles de ser implementados por los órganos y tribunales ordinarios. Bajo esta perspectiva la ausencia de regulación legal de un derecho no es óbice para su exigibilidad judicial. En estos casos, el juez debe proceder a determinar autónomamente su contenido⁹.

Tal interpretación no ha sido, sin embargo, acogida hasta ahora por los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales, en los últimos tiempos, y más allá de seguir negando la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales, han empezado a poner algunas trabas a un rasgo de los derechos sociales que sí que se había asumido hasta ahora con naturalidad, el rasgo de la vinculatoriedad de los mismos; convirtiendo así a los derechos sociales en preceptos meramente programáticos. A la cabeza de esta interpretación regresiva de los derechos sociales, desencadenada tras los recortes sociales efectuados por el legislador para hacer frente a la crisis económica iniciada en 2008, se encuentra, sin duda, el Tribunal Constitucional español.

En las próximas páginas examinaremos el diferente régimen jurídico atribuido a los derechos sociales caracterizados como principios rectores en la Constitución española de 1978 y como tal construcción ha sido asumida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A continuación, examinaremos la regresión que se ha producido en nuestro país a la hora de dotar de un contenido vinculante a tales derechos sociales.

9 ESCOBAR ROCA, G., «Presupuestos de teoría y dogmática constitucional», en: ESCOBAR ROCA, G., (dir.); *Derechos sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 295. Más allá del referido capítulo, toda la obra tiene como propósito reconstruir la dogmática sobre los derechos sociales como derechos fundamentales.

II. EL ¿EXPLÍCITO? ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN JURÍDICO DIFERENCIADO PARA LOS DERECHOS Y PARA LOS PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La mayoría de los denominados derechos sociales constitucionales, reflejo de la caracterización que se realiza del Estado como un Estado social en el art. 1.1 de la Constitución española, se encuentran recogidos en el Capítulo III del Título I de la norma fundamental que lleva por rubrica “de los principios rectores de la política social y económica”.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sería la propia Constitución la que habría atribuido a los referidos “principios rectores”, entre los que se incluyen la mayor parte de los derechos sociales, un régimen jurídico específico. Un régimen jurídico específico diferenciado del régimen jurídico que tienen los derechos fundamentales recogidos en los Capítulos I o II –y entre los cuales también se reconocen algunos derechos sociales de prestación como es el caso del derecho a la educación en el art. 27 CE¹⁰– y que supondría negar a aquellos principios rectores la característica de ser verdaderos derechos subjetivos exigibles directamente ante los jueces y tribunales ordinarios.

Así, en efecto, cabe destacar cómo frente a los principios rectores, los derechos fundamentales tendrían como rasgo principal ser directamente aplicables por los jueces y tribunales¹¹. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución, con independencia de su desarrollo por el legislador, tienen una aplicabilidad inmediata o directa de acuerdo con el contenido expresado por su propio enunciado constitucional, vinculando a todos los poderes públicos sin excepción [STC 247/2007, FJ 13].

Por el contrario, los derechos sociales reconocidos como principios rectores en el Capítulo III del Título I tendrían como rasgo fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su falta de aplicabilidad inmediata. Tal falta de aplicabilidad inmediata supondría que no cabría considerar que de los mismos

10 Asimismo, se recoge el derecho a la educación en el artículo 2 Protocolo 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

11 No es posible desconocer, sin embargo, que el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución puede llegar a ser restringido por el legislador en atención a la promoción proporcionada de otros bienes o valores constitucionales. QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*. Marcial Pons, 2022, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2022.

se deriven derechos subjetivos directamente aplicables por los jueces y tribunales ordinarios, sin que, sin embargo, ello conlleve, como vamos a ver, su falta de vinculatoriedad.

1. La falta de aplicabilidad inmediata de los principios rectores

Para el Tribunal Constitucional todos los preceptos constitucionales incluyendo “los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable” (sic) [SSTC 15/1982, 254/1993 y 31/1994].

Los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I serían una de las excepciones constitucionales al principio de aplicabilidad inmediata y directa de todos los preceptos constitucionales a las que se refiere la jurisprudencia constitucional aludida, pues sería el propio artículo 53.3 de la Constitución española el que, según la jurisprudencia constitucional, habría excluido tal aplicabilidad inmediata cuando ha afirmado en relación con ellos que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción de acuerdo con las leyes que los desarrollen”¹².

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional española, la Constitución habría diferenciado en su artículo 53 entre el régimen jurídico aplicable a los derechos y libertades fundamentales contenidos, por ejemplo, en el Capítulo II del Título I (tanto en la sección 1^a como en la sección 2^a) y el régimen jurídico

12 Discrepa de esta interpretación jurisprudencial del art. 53.3 por considerarla contraria a los criterios de interpretación del texto constitucional Escobar para quién todos los derechos recogidos en el título I de la Constitución española son «derechos fundamentales» directamente aplicables, independientemente de si se encuentran recogidos en la sección primera del capítulo II bajo el epígrafe «derechos fundamentales y libertades públicas» (como el derecho a la educación), en la sección segunda del capítulo II bajo el epígrafe «derechos y deberes de los ciudadanos» (como el derecho al trabajo) o, incluso, si se encuentran recogidos en el capítulo III bajo el epígrafe «principios rectores de la política social y económica» (como la Seguridad Social, la salud, la cultura, la vivienda o el medio ambiente). ESCOBAR ROCA, G., «Presupuestos de teoría y dogmática constitucional», en: ESCOBAR ROCA, G., *op. cit.*. En contra, BASTIDA FREIJEDO, F., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en: *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Congreso de los Diputados, 2008.

aplicable a los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I¹³.

Si de acuerdo con el apartado 1 del artículo 53 CE “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos” y tienen, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la característica de ser inmediatamente aplicables, el valor de la Constitución como norma jurídica de inmediata eficacia y vinculatoriedad “necesita ser modulada en lo concerniente a los artículos 39 a 52, en los términos del 53.3 de la Constitución” [SSTC 80/1982, FJ 1 y 63/1983, FJ 5]. Tal modulación se concreta para el Tribunal en que “los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, *aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables*” [STC 36/1991, FJ 5]¹⁴.

Los principios rectores de la política social y económica no establecerían por sí mismos derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales *ex constitutio- ne*, sino que serían las leyes las que, al detallar su concreto alcance, reconocerían concretos derechos subjetivos¹⁵. Es la propia Constitución la que habría decidido atribuir a los principios rectores del Capítulo III una eficacia mediata en lugar de inmediata.

Distinta situación será aquella en la que nos encontremos, por ejemplo, ante determinados derechos de prestación no recogidos en el capítulo de los principios rectores y que requieren un desarrollo legal para alcanzar plena eficacia. En este caso no se trataría de que la Constitución haya excluido expresamente su aplicabilidad inmediata, como era el caso de los principios rectores del Capítulo III, sino de que la naturaleza misma del precepto impediría que pudieran ser plenamente reconocidos e implementados por los tribunales. Sin embargo, aún en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una *interpositio legislatoris* para su completa definición y eficacia, como puede ocurrir en el caso de determinados

13 Un completo análisis del régimen jurídico de los principios en JIMENEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, 1999.

14 Cuestión distinta es la vinculación que puedan tener determinados derechos sociales prestaciones con algunos de los derechos fundamentales –como el derecho a la vida, la integridad física, o el derecho a la vida privada y familiar– lo que ha desembocado en la consideración por la jurisprudencia de que lo que eran directamente aplicables, en realidad, eran estos últimos.

15 Antes de las leyes de desarrollo, el intérprete no puede reconocer en los principios ningún derecho subjetivo. Ello supone que el derecho nacerá de la ley. JIMENEZ CAMPO, J., *op. cit.*, pp. 124 y ss.

derechos de prestación recogidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución –como pueden ser el derecho a la educación o el derecho a la tutela judicial efectiva–, la jurisprudencia constitucional ha negado que su reconocimiento por la norma fundamental no tenga otra consecuencia que la de establecer un mero mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que solo fuese exigible ante los tribunales ordinarios cuando el legislador lo haya desarrollado.

En efecto, para el Tribunal Constitucional en estos casos en los que se reconoce por la Constitución un derecho, pero se produce una remisión al legislador para la definición de su alcance, estamos también ante derechos directamente aplicables por los jueces y tribunales ordinarios *ex constitutione*, si bien reconoce que la naturaleza misma de la norma puede producir que el precepto constitucional no tenga, hasta que la regulación legislativa se produzca, más que un contenido mínimo (STC 15/1982).

2. La vinculatoriedad de los poderes públicos a los principios rectores

Concepto distinto del de aplicabilidad inmediata de los derechos constitucionales es el de vinculatoriedad de los poderes públicos a los referidos principios rectores. En efecto, el hecho de que la propia Constitución haya establecido en el caso de los principios rectores una excepción al principio de aplicabilidad inmediata y directa de tales preceptos no significa, sin embargo, que tales normas carezcan de fuerza vinculante para los poderes públicos. La negación de aplicabilidad inmediata y directa a los principios rectores únicamente significa que estos no son generadores de derechos públicos subjetivos accionables ante los tribunales, pero no significa que los principios queden desposeídos de su carácter vinculante para los poderes públicos.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional española cuando ha señalado que el artículo 53.3 dispone que los principios recogidos en el capítulo III “son previsiones constitucionales que obligan al legislador” [STC 71/1982, FJ 13] y “se imponen necesariamente a todos los poderes públicos”. Para el Tribunal Constitucional español los principios rectores “enuncian proposiciones vinculantes, en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución” [SSTC 19/1982, FJ 6, y 14/1992, FJ 11].

Así, la remisión al legislador para que sea él quien desarrolle y promueva muchos de los valores y principios que conforman el Estado social significa que en su labor normativa este se encuentre sometido a escrutinio jurisdiccional, pues indudablemente el legislador se encuentra vinculado por aquellos. Por tanto una cosa es

considerar que los principios y valores que caracterizan el Estado social puedan ser vinculantes para el legislador y otra considerar que aquellos valores y principios, que no se reconozcan como derechos fundamentales, sean directamente aplicables sin intermediación legislativa alguna, derivando el juez ordinario de tales principios y valores derechos subjetivos de los ciudadanos.

En este punto, cabe referirse a la diferencia entre el concepto de “deber” y el concepto de “obligación”; pues los principios del Capítulo III vinculan a los poderes públicos como consecuencia de establecer lo que podría considerarse un deber y no tanto como consecuencia de establecer una obligación. La razón de considerar que los principios rectores de la política social y económica imponen deberes a los poderes públicos, pero no les imponen propiamente obligaciones es, precisamente, que los principios no atribuyen derecho subjetivo alguno a los ciudadanos, no son directamente aplicables.

Para Santi Romano la obligación jurídica sólo se entiende en el marco de una relación jurídica en la cual existe, de forma correlativa a esa obligación, un derecho subjetivo de la otra parte de la relación. En cambio, el deber en sentido estricto está desligado de un derecho ajeno y viene establecido en protección de intereses objetivos. Ciertamente frente al deber de un sujeto puede existir un “poder” o “potestad” de otro para pretender su cumplimiento, sin que ello suponga, sin embargo, el reconocimiento de un derecho subjetivo de ese otro. Este poder o potestad se constituye simplemente como una garantía de la observancia del deber, y ambos sujetos no entran en una relación jurídica en sentido estricto¹⁶. El poder, que se atribuye a determinados sujetos para exigir el cumplimiento del deber, se constituye así en garantía frente al libre arbitrio del órgano al que se le impone el deber, pero no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo.

Admitido por la jurisprudencia constitucional española que de un principio rector de la política social y económica no surge un derecho subjetivo, la vinculación del poder público al principio sólo podrá ser en forma de deber y no de obligación.

Así parece reconocerse en el ordenamiento alemán para el caso de todos los derechos sociales prestacionales por Böckenförde cuando tras definir a los derechos sociales como mandatos constitucionales, caracteriza a estos como deberes jurídico-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales¹⁷.

16 Así lo recuerda DÍEZ REVORIO, F.J., «Los deberes constitucionales» en <http://www.iustel.com>.

17 BÖCKENFÖRDE, E. W., *op. cit.*, p. 80. Si bien es verdad que considera que pueden tener una vertiente jurídico-subjetiva derivada de que en su construcción los derechos sociales más

La vinculación de los poderes públicos a los principios rectores de la política social y económica en forma de deber, que no de obligación, viene establecida en el artículo 53.3 cuando dispone que “el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores recogido en el capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

Pero ¿en que se concreta tal vinculatoriedad?. De todo principio rector se derivan determinadas exigencias que son la manifestación de su vinculatoriedad:

- La primera es la exigencia de interpretar las restantes normas del ordenamiento de conformidad con los principios.
- La segunda es la exigencia de revisar la constitucionalidad de las normas tomando como parámetro los principios.
- La tercera es la exigencia de promover activamente el desarrollo de los principios¹⁸.

que principios son derechos de configuración legal, que, si bien por su naturaleza difícilmente pueden ser inmediatamente aplicables, no dejan de ser derechos. Para Hesse los derechos sociales establecerían una obligación positiva del Estado “a hacer todo para realizar los derechos fundamentales, aún cuando no exista al respecto ningún derecho subjetivo de los ciudadanos” HESSE, K., «Grundrechte: Bestand und Bedeutung», en: BENDA, E., MAIHOFER, W., VOGEL, H. J, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlín-Nueva York, 1983, p. 95.

- 18 La normatividad de los principios rectores se manifiesta a través de las tres funciones básicas que cumplen: la programación o dirección de los contenidos de la acción legislativa, la interpretación del sentido de las leyes y el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en GÓMEZ PUENTE. M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, 1997, p. 80.

La vinculatoriedad de los principios tiene una manifestación adicional a las tres ya señaladas. La caracterización de nuestro Estado como un Estado social implica reconocer al legislador la potestad de restringir, en atención a la promoción de una amplia variedad de fines legítimos, aquellos derechos fundamentales que son susceptibles de suponer trabas a la consecución de tales fines. Pues bien, en el caso de las normas legislativas que restringen los derechos fundamentales de contenido económico en atención a la necesidad de promover determinados principios sociales se ha sostenido recientemente doctrinal y jurisprudencialmente que el escrutinio al que se habrá de someter al legislador para determinar si ha respetado el contenido esencial de aquellos derechos fundamentales será un escrutinio más deferente que el aplicable en el caso de otros supuestos. Escrutinio más deferente derivado del hecho de que es la propia Constitución la que ha reconocido al legislador una capacidad de injerencia mayor. La caracterización de nuestro Estado como un Estado social implica la modulación del papel contramayoritario que realiza nuestro Tribunal Constitucional cuando controla la acción del legislador que promueve los principios rectores a costa del contenido de los derechos fundamentales. Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T. *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, 2022.

A la hora de analizar las dos primeras exigencias que se derivan del reconocimiento constitucional de los principios rectores como preceptos vinculantes para los poderes públicos es necesario recordar que el artículo 53.3 afirma que los principios reconocidos en el Capítulo III “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. La doctrina y la jurisprudencia constitucional han considerado de manera unánime que no cabe interpretar este precepto como estableciendo “una prohibición de “alegar” en general preceptos constitucionales ante la jurisdicción ordinaria sino simplemente como una regla que veda a los órganos judiciales el reconocimiento y el otorgamiento de prestaciones a favor de los particulares, con el único fundamento de los principios del Capítulo III”¹⁹. Lo que estaría vedándose es la posibilidad de considerar que los principios generen derechos subjetivos directamente aplicables por los tribunales de justicia, pero no la alegación de los principios ni como elemento interpretativo del ordenamiento jurídico ni como elemento para juzgar la constitucionalidad de una norma.

Ello no podía ser de otro modo, pues el propio artículo 53.3 exige que los poderes públicos utilicen los principios como elemento para interpretar el derecho en vigor cuando afirma que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios informarán la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional al afirmar que “el artículo 53.3 impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” [STC 19/1982, FJ 6].

Pero, además, la jurisprudencia constitucional ha admitido que los principios rectores pueden servir como elemento para juzgar la constitucionalidad de las normas, lo cual implica, por ejemplo, la posibilidad de que la vulneración de los principios rectores fundamente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que desemboque en la declaración de inconstitucionalidad de la norma que no los respete.

En lo que se refiere a la tercera exigencia derivada del reconocimiento de la vinculatoriedad de los principios rectores, la exigencia de su promoción o desarrollo positivo por el legislador, la misma supone que este no podrá desconocer totalmente en su labor legislativa la existencia de tales principios.

19 DE OTTO Y PARDO, I. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, 1988, pp. 48-49. JIMÉNEZ CAMPO, J., *op. cit.*, p. 124.

Asumido que la vinculatoriedad de los principios rectores se manifiesta también en el deber de promoverlos positivamente, la ausencia de desarrollo legal de los principios rectores supondría un incumplimiento de la Constitución como consecuencia de producirse lo que se puede denominar una omisión legislativa. Omisión que no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo que se debe.

En el Estado social el legislador aparece como ejecutor de la Constitución y no como poder político al que la Constitución simplemente limita mediante el reconocimiento de derechos de libertad a los ciudadanos²⁰. La garantía de los derechos sociales puede desembocar en un control jurisdiccional del legislador por parte del Tribunal Constitucional²¹.

Sin embargo, la capacidad de los principios de vincular al legislador en el sentido señalado estaría considerablemente debilitada como consecuencia de que los derechos sociales programan fines, pero no los medios para alcanzar esos fines, y ello supone que su “formulación no está lo suficientemente determinada como para que pueda medirse en ella una norma de rango inferior”²², como ha dicho la jurisprudencia, pero también como para que pueda medirse en ella la omisión de su desarrollo. En estos casos la naturaleza misma de la norma impediría determinar exactamente a qué vincula.

Ciertamente la indeterminación de muchos principios se produce en interés de la libre formación democrática de la voluntad y de la decisión mayoritaria del Parlamento. Interés presente sobre todo en el ámbito de los derechos sociales. Ámbito en el que la necesidad de contar con la disponibilidad financiera del Estado puede justificar la atribución de tal discrecionalidad al poder legislativo a la hora de concretarlos. Así lo ha señalado implícitamente el Tribunal Constitucional quién tras afirmar que los principios rectores vinculan a los poderes públicos ha considerado que “de conformidad con el valor superior del pluralismo polí-

20 Cabe asumir así, en este concreto punto, la denominada teoría social a la que se refiere BASTIDA FREIJEDO, F., «La interpretación de los derechos fundamentales», en: VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos, 2004, p. 64.

21 Ciertamente en el ordenamiento constitucional español existe una dificultad a la hora de remediar las omisiones legislativas en el ámbito del desarrollo positivo de los principios: la ausencia de cauces jurisdiccionales para el control de las denominadas omisiones absolutas. Escobar propone que en casos extremos pueda llegar a apreciarse la responsabilidad del Estado legislador cuando, existiendo una clara obligación constitucional de legislar, no se dictó norma alguna. ESCOBAR, *op cit.*, p. 295

22 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 6, 55 (76).

tico, el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio” [STC 14/1992, FJ 11]. No obstante lo cual, no es un margen absoluto y existen en nuestro ordenamiento constitucional criterios que permitirían dotar de un contenido concreto a aquellos principios rectores con la finalidad de proporcionarles un contenido material vinculante. Criterios que serán examinados tras analizar primero como la construcción sobre el diferente régimen jurídico de los derechos y de los principios desarrollada por la jurisprudencia constitucional ha sido en buena medida acogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante la Carta).

III. EL EXPLÍCITO ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN JURÍDICO DIFERENCIADO PARA LOS DERECHOS Y PARA LOS PRINCIPIOS EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 ha supuesto, entre otras cosas, el establecimiento, en el Derecho de la Unión Europea de un catálogo explícito de derechos fundamentales que se imponen a los poderes públicos europeos y a los poderes públicos nacionales cuando apliquen el derecho de la Unión.

La Carta supone el reconocimiento en el derecho originario de la Unión Europea de importantes derechos sociales. Sin embargo, la propia Carta ha otorgado una diferente naturaleza jurídica, por un lado, a los denominados derechos y libertades y, por otro, a los denominados principios. Principios, entre los que se encontrarían la mayoría de los derechos sociales.

Así lo ha recordado el Abogado General Cruz Villalón cuando ha señalado que el sentido del segundo inciso del artículo 51, apartado 1, de la Carta, cuando declara que la Unión y los Estados miembros, «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión», “es el de introducir la *summa divisio* entre «derechos» y «principios»”²³.

23 Recuerda Cruz Villalón como G. BRAIBANT, miembro destacado de la primera Convención, narra en su obra *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, pp. 44 a 46, la importancia de la distinción entre «derechos» y «principios» en punto a alcanzar un amplio consenso que tendría como resultado la inclusión del capítulo social de la Carta. Todo ello en las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 18 de julio de 2013 en el Asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*.

Así, el propósito fundamental del “constituyente europeo” al diferenciar entre derechos y libertades, por un lado, y principios, por otro²⁴, se puede reconducir al mismo propósito querido por el constituyente español, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, cuando estableció la diferencia entre los derechos y libertades del capítulo II del Título I de la Constitución y los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del Título I de la Constitución: dotar a cada grupo de un diferente régimen jurídico.

En efecto, mientras que los derechos y libertades (los de la Constitución entonces y ahora los de la Carta) serían derechos públicos subjetivos, los denominados principios (los de la Constitución y ahora los de la Carta), no supondrían la atribución a los ciudadanos de derecho subjetivo alguno. Tal diferencia tendría una consecuencia esencial: la de reconocer la aplicabilidad directa e inmediata de los primeros y no la de los segundos²⁵.

Sin embargo, tal diferencia relativa a su aplicabilidad inmediata, a su capacidad de ser origen inmediato de derechos y obligaciones, no supone que los principios de la Carta no sean vinculantes para los poderes públicos, en tanto en cuanto, establecen deberes dirigidos a estos. La vinculación de los poderes públicos a los

24 Ciertamente, la determinación concreta de qué preceptos de la Carta recogen derechos y qué preceptos recogen principios no se deduce de la simple lectura del catálogo contenido en aquella, pues en la mayoría de los casos, los preceptos concretos, aluden literalmente a derechos cuando en realidad, en algunas de las Explicaciones del Praesidium de la Convención que se adjuntaban a la Carta, se afirma estar ante un principio.

Son, precisamente, esas Explicaciones a las que es necesario acudir a la hora de determinar si nos encontramos ante un derecho o ante un principio, pues así se establece en el nuevo artículo 6.1 párrafo 3º del TUE cuando afirma que “los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

25 Para Cruz Villalón el diferente régimen jurídico atribuido a derechos y principios refleja la inquietud en el seno de la Convención encargada de redactar la Carta y en el de la Convención sobre el Futuro de Europa de varios Estados miembros que temían que el reconocimiento de determinados derechos económicos y sociales provocaran una judicialización de las políticas públicas, especialmente en áreas de gran relevancia presupuestaria. De hecho, en un primer momento lo que terminaría llamándose «principio» se calificó en los borradores iniciales como «principios sociales». A pesar de que este adjetivo desaparecería más tarde, para el Abogado General es evidente que la principal preocupación de los autores de la Carta se encontraba en los derechos prestacionales y en los derechos del orden socio-laboral. En las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 18 de julio de 2013 en el Asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*.

principios no es más que la consecuencia de reconocer la normatividad de todos los preceptos recogidos en la Carta.

El deber de respetar los derechos que se impone en el artículo 51.1 de la propia Carta –tanto a los poderes públicos europeos como a los poderes estatales cuando apliquen el derecho de la Unión– implica el reconocimiento del deber de respetar algo preexistente a la acción de los poderes públicos, algo que ya se atribuye a los ciudadanos *ex Carta*, sin necesidad de ley de intermediación o desarrollo alguno. Así los denominados derechos serían derechos públicos subjetivos con eficacia inmediata desde la Carta y que deben ser respetados por el poder público europeo.

Por el contrario, en el caso de los denominados principios no se establece en el artículo 51.1 de la Carta que se deban respetar, sino que se deben observar y promover su aplicación, lo cual se puede interpretar como que vinculan al poder en el ejercicio de sus funciones y competencias pero que por sí mismos no atribuyen derechos subjetivos a los particulares.

La vinculación de los poderes públicos europeos a los principios se traduce, a priori, en la triple exigencia ya señalada al examinar los principios rectores en el ordenamiento español, la primera la exigencia de recurrir a ellos para la interpretación de las restantes normas del ordenamiento jurídico, la segunda la exigencia de recurrir a ellos como parámetro para considerar la conformidad de una norma con el derecho europeo originario y la tercera la exigencia de su promoción por el legislador.

Las dos primeras exigencias se derivan necesariamente de la Carta cuando establece que los principios se observarán. En efecto, la exigencia de interpretar el ordenamiento europeo de acuerdo con los principios se deduce de la vinculación de los poderes públicos, incluidos los poderes aplicadores del derecho, a los principios. Además de esta función interpretativa, los principios tendrían como segunda función constituirse en parámetro para determinar la “constitucionalidad” de los actos y normas europeos, pues el legislativo europeo también se ve vinculado a la observancia de los principios establecida en la Carta.

La tercera exigencia parecería derivarse del establecimiento por la Carta del deber de *promover la aplicación* de los principios al que se refiere su art. 51.1, deber que implica la promoción activa de los principios por parte del legislador europeo y no meramente un deber de no vulneración²⁶. La consecuencia de la falta de cumplimiento

26 Si bien los principios y derechos de la Carta no suponen la atribución de nuevas competencias a la Unión, sí que pueden afectar el ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados Europeos, pues el deber que tienen los poderes europeos de promover los principios

del deber de promover un principio como el referido en el ejercicio de competencias propias sería un incumplimiento de la Carta como consecuencia de producirse una omisión. Omisión que, en el ordenamiento jurídico europeo, y al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento español, sí que podría tener, en principio, cauces procesales para ser declarada y eventualmente reparada, esencialmente el recurso por omisión y eventualmente el de responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, el uso de los mecanismos jurídicos referidos, ya sea el recurso por omisión o el de responsabilidad, que permitiría la garantía de esta tercera exigencia de promoción de los principios se ha visto, en buena medida, puesto en cuestión por una de las adaptaciones realizadas de la Carta del año 2000 en la Carta que finalmente ha entrado en vigor en 2009.

En efecto, una de las adaptaciones fundamentales de la Carta del año 2000, plasmada el 12 de diciembre de 2007²⁷, se refiere a las “disposiciones generales” de la Carta. El artículo 52 de la Carta introduce un nuevo apartado 5 que tiene como propósito declarado confirmar la distinción entre derechos y principios aclarando de alguna manera el régimen jurídico de estos últimos. De acuerdo con el nuevo apartado 52.5:

“Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. *Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos*”.

Al discutirse ante el Pleno de la Convención de 2003 el Informe Final del Grupo II, donde se recogía la propuesta de incorporar este nuevo apartado aclaratorio del concepto de “principios”, varios miembros del Pleno formularon reservas so-

genera un deber de actuar positivamente para promoverlos. Ello supondría, por ejemplo, que el legislador de la Unión, en ejercicio de su competencia reconocida en el artículo 153.2.b) del TFUE para establecer normas mínimas sobre Seguridad Social, debería promover el principio establecido en el artículo 34 de la Carta cuando señala que la Unión reconoce y respeta el derechos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social (y a los servicios sociales) que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

27 Que en realidad habría sido una adaptación de la Carta del 2000 que se produjo por parte de la Convención de 2003 que elaboró la Constitución Europea y que ha pasado a la Carta en vigor finalmente publicada el 14 de diciembre de 2007.

bre las modificaciones de los artículos horizontales propuestas por el Grupo, por considerar que reducían el grado de protección previsto por la Carta de 2000 y eran contrarias al compromiso básico de respetar el contenido de aquella. Más concretamente estos convencionales consideraban que este nuevo apartado 5, del artículo 52 podría considerarse contrario a la obligación, consagrada en el apartado 1 del artículo 51 de observar dichos principios y promover su aplicación, ya que restringía indebidamente la fuerza legal de dichos principios, que en opinión de dichos miembros “deberían ser alegables ante los tribunales de manera general y no sólo por lo que atañe a los actos adoptados específicamente en aplicación de los principios”²⁸.

Los términos en que estos convencionales plantean en el año 2003 el problema no están del todo claros, pues sí lo que están exigiendo es que se reconozca que los principios también son, como los derechos, preceptos que generan inmediata y directamente derechos subjetivos exigibles ante los tribunales ello es algo que ya habría sido rechazado en la Carta de 2000.

Ahora bien, otra cosa sería que lo que se estuviese señalando por los convencionales que no estaban de acuerdo con la inclusión de la nueva disposición, es el peligro de que ésta se interpretase como excluyendo la posibilidad de exigir al legislador europeo la promoción activa de los principios. De acuerdo con esta interpretación, aunque el apartado 5 considerase vinculantes a los principios, lo haría sólo en dos de sus manifestaciones, la interpretativa y la revisora, pero excluiría la tercera, la exigencia de su promoción.

De ser ésta la reticencia de los convencionales a la introducción del apartado 5 pronto se demostraría que sus temores no eran de todo infundados. En efecto, la disminución del grado de protección denunciada pareció concretarse en la interpretación de la nueva disposición realizada por las Explicaciones elaboradas por el Praesidium de la Convención de 2003.

En estas explicaciones al artículo 52.5 se afirmará que “los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos; por consiguiente, son importantes

28 Así recuerda el Abogado General Cruz Villalón como los trabajos preparatorios de la Carta original del año 2000 confirman que los convencionales nunca descartaron la justiciabilidad de actos a la luz de los principios, pero siempre en el entendimiento de que el control judicial se referiría al control abstracto de actos y no a la garantía de los derechos, tal como explica BRAIBANT, G., *op. cit.*, p. 46, así como otro miembro de la Convención, GOLDSMITH, «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», en: *Common Market Law Review*, 38 2001, pp. 1212 y 1213. En las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 18 de julio de 2013 en el Asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*.

para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, *no dan lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros*, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social”.

Parece, por tanto, que el Derecho de la Unión Europea sólo permitiría alegar ante un órgano jurisdiccional los principios cuando se tratase de interpretar o de revisar la legalidad de los actos de promoción de aquellos, pero no cuando se tratase de controlar la inactividad de los poderes públicos. Bajo esta interpretación la introducción en la Carta del apartado 5 del artículo 52 supondría, por tanto, un cierto retroceso, respecto al contenido de la Carta promulgada en Niza en el año 2000, en lo que se refiere a la garantía de los derechos sociales, pues parece cegar una de las posibles vías para exigir a los poderes públicos de la Unión la promoción de aquellos.

IV. UNA INTERPRETACIÓN REGRESIVA DE LOS CRITERIOS PARA DOTAR DE CONTENIDO VINCULANTE A LOS DERECHOS SOCIALES

Reconocidas las dificultades para la determinación del concreto contenido vinculante de un principio rector que se deba imponer como límite al legislador, se debe no obstante señalar que ello no debería suponer que tal tipo de preceptos se conviertan, debido a ello, en normas meramente programáticas.

Para la determinación del contenido de un determinado derecho social establecido como principio rector y de sus concretas condiciones de ejercicio no bastaría únicamente con considerar que aquello que haya dispuesto libremente el legislador en cada momento –el cual indudablemente tiene reconocido por la Constitución un amplio margen de apreciación–, es lo constitucionalmente correcto sino que convendría considerar si el legislador se puede ver constreñido por determinadas interpretaciones de la norma fundamental que no pretenden otra cosa que dotar de cierto contenido normativo a los derechos sociales recogidos como principios rectores de la política social y económica y entre los cuales cabe destacar en estos momentos dos: 1 – el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales, 2 – el canon hermenéutico del art. 10.2 de la Constitución española.

1. El principio de irreversibilidad relativa de las conquistas sociales como contenido de los derechos sociales

El principio de irreversibilidad relativa de las conquistas sociales supondría que, si el legislador adopta cualesquiera medidas regresivas, le correspondería a él demostrar que se han adoptado tras un examen de las alternativas posibles y que esas medidas regresivas están debidamente justificadas.

Así, en la STC 81/1982, el Tribunal Constitucional refiriéndose a las conquistas de la mujer en materia de derechos laborales, argumentó que “dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover la 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 del sexo, *debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas*”.

Se debe señalar que el principio de irreversibilidad acogido por la doctrina del Tribunal Constitucional no sería un principio de irreversibilidad absoluto sino un principio de irreversibilidad relativo, pues del mismo se deriva una exigencia de motivación suficiente para justificar los recortes y no una proscripción general de los mismos.

A la hora de aplicar tal principio relativo de irreversibilidad como parámetro de control del legislador en materia de derechos sociales, incluyendo aquellos que se reconozcan como principios rectores, lo primero que habrá que determinar es la existencia de una medida regresiva respecto de la situación previa.

Tal supuesto de medida regresiva se producía, por ejemplo, indudablemente, en relación con los recortes sanitarios producidos en España en el año 2012. La normativa española anterior a la reforma de 2012 reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros, con y sin permiso de residencia, que se encontrasen en España, siempre que estuvieran inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, excluyó del sistema de prestación sanitaria pública y gratuita a los extranjeros sin permiso de residencia, salvo a los menores y a las mujeres embarazadas y en situación de post-parto y al resto en los supuestos de urgencias médicas. La norma tenía como consecuencia inmediata la exclusión del Sistema Nacional de Salud de los extranjeros sin permiso de residencia, con la salvedad de las excepciones apuntadas.

Precisamente el Tribunal Constitucional de Portugal habría utilizado este principio de “prohibición del retroceso social” o de “prohibición de evolución reac-

cionaria” al someter en 1984 a control de constitucionalidad un Decreto-ley en materia de salud²⁹.

El Tribunal Constitucional español, en la STC 139/2016, de 21 de julio, al resolver la impugnación de los recortes sanitarios llevados a cabo por el referido Real Decreto-ley 16/2012, ante la cuestión de la irreversibilidad de las conquistas sociales no rechaza explícitamente su aplicación, pero considera que en aquel supuesto existe conexión de sentido entre la situación derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad.

El Tribunal Constitucional acepta así una motivación de la regresión basada, por un lado, en una alusión genérica a la situación de crisis económica o, como hace constar la exposición de motivos de la norma impugnada, “a una situación de grave dificultad económica” del Sistema Nacional de Salud y, por otro, en una alusión igualmente genérica a la reducción de gasto que la medida regresiva conllevaría.

Como denuncia el voto particular del Magistrado Valdés a la STC 139/2016, en relación con las referidas dificultades económicas y con la necesidad de racionalizar los costes, el autor de la norma no ofrece ni estimación ni explicación siquiera, incluso somera y general, del impacto y de la cuantía de la reducción del gasto que pueden generar las concretas medidas adoptadas, así como del modo en que podría garantizarse a su través la solvencia del sistema sanitario público.

La STC 139/2016 se apartaría de aquella doctrina previa que había asumido la doctrina de la reversibilidad relativa de las conquistas sociales y que concretaba en exigir a aquellas regulaciones públicas que fueran claramente regresivas un esfuerzo de motivación para explicar las razones que pueden dotar de la obligada cobertura constitucional a la reversibilidad de un derecho social ya alcanzado.

Así, el control objetivo y externo que correspondería efectuar al Tribunal Constitucional en relación con la eventual motivación de los recortes habrá de realizarse teniendo en cuenta el equilibrio entre el “la reversibilidad de las decisiones normativas” que es, sin duda, inherente a la idea de pluralismo político y democracia y que otorga al legislador un margen de configuración plenamente legítimo y la supeditación del mismo al cumplimiento de los deberes que emanan de la

29 GOMES CANOTILHO, J. J., «Derecho, derechos; tribunal, tribunales», en: Revista de Estudios Políticos, núms. 60 y 61, CEPC, 1988.

Constitución y que requiere una exigencia de motivación reforzada que en caso de incumplirse determinaría la inconstitucionalidad de la medida. Motivación reforzada que difícilmente es posible considerar cumplida en el supuesto de la normativa sanitaria de 2012 con una alusión genérica a la situación de crisis económica y con otra alusión también genérica a la reducción de los gastos que la medida supone.

La jurisprudencia constitucional tradicional había considerado que tal principio de irreversibilidad, que se concretaría como hemos examinado en una exigencia de motivación reforzada, era un principio deducible de la propia Constitución, del carácter social y democrático del Estado de Derecho y de la obligación que a los poderes públicos imponen el art. 9.2³⁰ y la dimensión objetiva de los propios derechos, pero cabría igualmente plantearse si tal principio no sería una exigencia derivada de lo dispuesto en el art. 10.2 de la propia Constitución. Y es más cabría plantearse si más allá de un principio de irreversibilidad es posible, aplicando igualmente el referido art. 10.2 CE, concretar un contenido sustantivo vinculante de los derechos sociales constitucionales a partir de los Tratados y Acuerdos internacionales sobre derechos humanos.

2. La exigencia del art. 10.2 de la Constitución de interpretar los preceptos constitucionales sobre derechos a la luz de los Tratados y Acuerdos internacionales sobre derechos humanos

De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”³¹.

30 Precepto que copia el art. 3.2 de la Constitución italiana y que dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

31 En un sentido que evoca parcialmente este precepto el art. 53 de la CDFUE en relación con lo que denomina nivel de protección dispone que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

El precepto constitucional asume así la utilidad de los textos internacionales para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, pues si bien no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos, convierte a aquellos en una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos constitucionales³².

La cuestión a dilucidar es si el Tribunal Constitucional al enjuiciar la obra del legislador tomando como parámetro aquellos derechos sociales que la Constitución caracteriza como principios rectores, debe también acudir a la interpretación que se derivaría de las normas internacionales. Así, la cuestión del mayor interés sería dilucidar cuáles son los derechos que han de ser interpretados de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE³³.

Hasta la reciente STC 32/2019, de 28 de marzo –en la que el Tribunal Constitucional español sorpresivamente ha afirmado lo contrario–, el Tribunal pareció aceptar la utilización de los acuerdos y tratados internacionales como canon hermenéutico de interpretación también de los derechos sociales recogidos como principios rectores de la política social y económica en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

Así, lo habría hecho el Tribunal, por ejemplo, a la hora de determinar el alcance del art. 39 CE cuando establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia.

En efecto, las SSTC 140/2009 y 186/2013 consideraron que la protección, dentro de nuestro sistema constitucional, del “derecho a la vida familiar” derivado de los artículos 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no se encontraría en el artículo 18 de la Constitución que reconoce el derecho a la intimidad familiar, pero si se encontraría en los principios constitucionales que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica

32 STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

33 En la doctrina, Saiz Arnaiz llega a la conclusión, utilizando los argumentos *sedes materiae*, *a rubrica* y *a contrario*, que la interpretación conforme a los tratados debe extenderse a todos los derechos declarados en el Título I. SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE)³⁴. Ello lleva al Tribunal a aceptar que la interpretación de los principios recogidos en referido el art. 39 CE debe realizarse a la luz del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos y tal y como se ha interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo y por todas, en las SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boutlif c. Suiza*, o de 17 de abril de 2003, caso *Yilmaz c. Alemania*).

En aplicación de tal doctrina y en relación, por ejemplo, con el control jurisdiccional de los cambios en el régimen de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados sin autorización de residencia en España llevado a cabo por el Real Decreto Ley 16/2012, cabría considerar que el Tribunal Constitucional debería haber tenido en cuenta a la hora de interpretar el contenido del derecho a la salud recogido en el art. 43 CE como un principio rector, la Observación general n° 14 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de garantía del PIDESC³⁵.

En tal Observación se contiene en primer lugar el principio de irreversibilidad como garantía formal, pues tras recordar que los Estados Parte tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, señala que “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado *tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles* y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado” (párrafo 32).

Pero en la referida Observación n° 14 se contiene, además, una interpretación sustantiva o material del derecho a la salud cuando se interpreta que los Estados “tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar *el acceso igual de todas las personas*, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o *los inmigrantes ilegales*, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos” (párrafo

34 STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7.

35 Sobre la posible aplicación del art. 10.2 CE a las interpretaciones de los órganos de garantía de los Tratados internacionales sobre derechos ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El Tribunal Constitucional español ante la crisis económica: la inexistencia de límites al legislador derivados del reconocimiento de derechos sociales en la CE», en: *federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo*, núm. 4, 2020.

34)³⁶, pues del Pacto se desprendería según el Comité la obligación de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.

La STC 139/2016, a pesar de aceptar la necesidad de interpretar el derecho a la salud recogido como principio rector en el art. 43 CE de conformidad con los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España, no tuvo en cuenta la referida interpretación recogida en la Observación n° 14³⁷, pero es que, además y más recientemente, el Tribunal Constitucional español ha revocado aquella concepción que consideraba que el art. 10.2 CE servía también para interpretar el alcance de los derechos sociales recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución como principios rectores de la política social y económica.

Así, en efecto, de acuerdo con la STC 32/2019, de 28 de marzo, FJ 6, el art. 47 CE cuando reconoce el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, no garantiza un derecho fundamental sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos, y, por ello, para el Tribunal Constitucional “una regulación pública no puede en ningún caso contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (esto es, los contenidos en los arts. 14 a 29, más la objeción de conciencia del art. 30.2) de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La STC 32/2019 revoca su jurisprudencia anterior al circunscribir la aplicabilidad del art. 10.2 CE a los arts. 14 a 29, más el art. 30.2, dejando fuera no sólo

36 Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

37 La STC 139/2016 parece aceptar la necesidad de interpretar el derecho a la salud recogido como principio rector en el art. 43 CE de conformidad con los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España, pues tras recordar –en el FJ 11– que las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, entra a examinar lo que establecen el Pacto de derechos económicos sociales y culturales, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea o la Carta Social Europea en relación con el derecho a la salud. Sin embargo, no tiene en cuenta la interpretación que de los derechos recogidos en tales textos internacionales han realizado sus respectivos órganos de garantía.

a los principios rectores del Capítulo III del Título I, sino además, y sorprendentemente, a aquellos derechos fundamentales, que siendo verdaderos derechos subjetivos constitucionales, se encuentran contenidos en la sección segunda del Capítulo II del Título I.

Ello supone dejar fuera del ámbito del art. 10.2 CE también a los derechos contenidos en los arts. 31 a 38 y entre los que se encuentran el derecho al trabajo (art. 35 CE), el derecho a la propiedad (art. 33 CE) o la libertad empresa (art. 38 CE) que aparentemente no deberán ser interpretados ya tras la STC 32/2019 de acuerdo con los acuerdos y tratados sobre derechos humanos ratificados por España. En su propósito de limitar a toda costa la normatividad de los derechos sociales el Tribunal Constitucional ha acabado dejando fuera del 10.2 CE aquellos otros derechos constitucionales, estos sí derechos subjetivos, que en su doctrina previa³⁸ habían sido interpretados a la luz de los Tratados internacionales³⁹.

La exclusión de los derechos sociales del ámbito del art. 10.2 CE, además de contradecir la doctrina previa del propio Tribunal, se opone a la idea de que el art. 10.2 “expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que [los Tratados internacionales sobre derechos humanos] protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

A la consecuencia que genera la restrictiva concepción del alcance del art. 10.2 CE, y que supone dejar al legislador la completa y libre identificación del contenido de los derechos sociales, se opone el voto particular de la Magistrada Balaguer a la STC 32/2019 que recuerda que la naturaleza de principio rector no resta un ápice de carácter normativo al art. 47, como se deduce del art. 9.1 del propio texto constitucional. Para el voto particular, “no estamos ante un deseo de buena voluntad constitucional, ni ante un mero ejercicio de retórica, sino ante una disposición normativa que no queda excluida como parámetro de constituciona-

38 Y no sólo en la doctrina previa sino también en la doctrina posterior, pues, por ejemplo, en la STC 18/2019, de 16 de octubre, se contrasta una norma con el art. 35 CE, situado en la sección segunda del capítulo II, y se trae a colación el 10.2 y el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT.

39 Tal consecuencia se deduce de la tajante afirmación que realiza el TC cuando dispone que el mandato del art. 10.2 CE se debe entender referido a los derechos contenidos en los arts. 14 a 29, más la objeción de conciencia del art. 30.2, confundiendo así los derechos protegidos por el recurso de amparo con los derechos a los que se debe aplicar el art. 10.2 CE.

lidad de las normas con rango de ley, y que permite comprender adecuadamente la calificación del Estado español como Estado social, orientado a la consecución del pleno disfrute de los derechos, también de los derechos sociales”.

El Tribunal Constitucional español parece haber optado por abandonar su función de garante de la normatividad de una parte sustancial de la Constitución, degradando el contenido de los derechos sociales al de meras normas programáticas cuyo desarrollo e interpretación queda absolutamente en manos del legislador.

La cuestión que tal decisión jurisprudencial plantea es si la misma es acorde con la definición del Estado como un Estado social y democrático de derecho y con la propia concepción previa del Tribunal Constitucional español que consideraba que la naturaleza de los principios rectores no implicaba que los mismos constituyesen normas únicamente programáticas, vacías de contenido, sin referencias que los informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlos.

La referida deriva jurisprudencial aboca necesariamente a su reconsideración, pues de no ser así no cabría otro remedio que la reforma de la Constitución para incorporar en ella nuevas garantías que impidan la desvirtuación de la caracterización de nuestro Estado como un Estado social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXYS, R., *Teoría de los derechos Fundamentales*, CEPC, 1993.
- BASTIDA FREIJEDO, F., «La interpretación de los derechos fundamentales», en: VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos, 2004.
 - «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en: *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Congreso de los Diputados, 2008.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft. 1993.
- BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001.

- CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del estado en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos», en: *Revista de Derecho Político*, n° 100 septiembre-diciembre 2017.
- DE OTTO Y PARDO, I. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, 1988.
- DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 6ª ed., 2004.
- DÍEZ REVORIO, F. J., «Los deberes constitucionales» en <http://www.ius-tel.com>.
- ESCOBAR ROCA, G., «Presupuestos de teoría y dogmática constitucional», en: ESCOBAR ROCA, G., (dir.); *Derechos sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- GOLDSMITH, P., «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, 38, 2001.
- GOMES CANOTILHO, J. J., «Derecho, derechos; tribunal, tribunales», en: *Revista de Estudios Políticos*, núms. 60 y 61, CEPC.
- GÓMEZ PUENTE. M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, 1997.
- HESSE, K., «Grundrechte: Bestand und Bedeutung», en: BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H. J., (comps.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlín-Nueva York, 1983.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, 1999.
- PRESNO LINERA, M., «¿Podría ser la protección de la salud un derecho fundamental? », en: <https://presnolinera.wordpress.com/2019/01/09/podria-ser-la-proteccion-de-la-salud-un-derecho-fundamental/>
- QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El Tribunal Constitucional español ante la crisis económica: la inexistencia de límites al legislador derivados del reconocimiento de derechos sociales en la CE», en: *federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo*, núm. 4, 2020.
- *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, 2022.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2022.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- VIDAL PRADO, C., «Panorama de Derecho Comparado», en: ESCOBAR ROCA, G., (dir.); *Derechos sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

