

## **EL ARTÍCULO 10.2 CE: UN CAUCE PARA INTEGRAR EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES.**

**Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto Facultativo al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales**

**Abdelhamid ADNANE RKIOUA**  
Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Artículo recibido el día 17.05.2011  
Artículo aceptado el día 22.07.2011

### Índice

I. Introducción, II. Acerca de la indivisibilidad de los derechos, III. Ojeada sobre el Pacto Facultativo del Protocolo Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, IV. La posible incorporación de la jurisprudencia internacional a través del mandato interpretativo del artículo 10.2 de la CE, V. Valoración de la ratificación española de Protocolo Facultativo al Pacto de derechos económicos, sociales y culturales

### **VIII. INTRODUCCIÓN**

Si el constitucionalismo revolucionario de finales del siglo XIX y principios del siglo XX se proponía asegurar, a través de un catálogo de derechos principalmente de libertad, el llamado bienestar formal, en las sociedades modernas, las constituciones de se proponen conseguir un bienestar de naturaleza material, necesario para el mantenimiento de una mayor cohesión e integración social y política. Este objetivo surge con fuerza al operar una relectura y replanteamiento de valores tales como la igualdad y la solidaridad. A resultas de ello, se introducen en el catálogo de derechos constitucionales una nueva serie de derechos que vienen a sumarse a los bautizados de primera generación, característicos del primer

constitucionalismo de corte marcadamente liberal.

Cabe apuntar que el hecho estos nuevos los derechos aparezcan incluidos en un mismo texto junto con los primeros no debe prestar a confusión por cuanto no informa cabalmente sobre su valor. Éste viene determinado por el nivel de su garantía, eso es los cauces procesales habilitados para reaccionar frente a su vulneración. A decir verdad, esta inclusión de derechos de distinta naturaleza en un único documento, remonta a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que aun proclamando su indivisibilidad e interdependencia, al proponerse, posteriormente, dotar su contenido de naturaleza jurídica tuvo que ser escindida en distintos Tratados estableciéndose para cada uno de ellos instrumentos diferenciados<sup>161</sup> de protección de sus contenidos.

A pesar de ello, la idea de indivisibilidad<sup>162</sup> e interdependencia de los derechos, sigue siendo recordada por los promotores y defensores de los Derechos Humanos, pero resulta, hay que reconocerlo, poco justificada. No obstante, no por ello deja de ser un desiderátum no imposible de alcanzar. Pero desde un punto de vista jurídico- constitucional se impone sacarle el máximo rendimiento a las posibilidades que la norma fundamental ofrece. La Constitución española, en virtud de los mandatos del artículo 9.1 en conexión con el artículo 10.2, deja abierta una vía al poder jurídico, no subordinado a criterios de oportunidad política, para una nueva intelección de todos los derechos a la luz de las construcciones jurisprudenciales

---

161 El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales no previó el establecimiento de un órgano de supervisión del tratado. Éste, denominado “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, fue creado a posteriori en 1985 por el Consejo Económico y Social, para supervisar el grado de cumplimiento de las disposiciones del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales por los Estados partes, principalmente, a través de la presentación de informes periódicos, seguido de la formulación de recomendaciones generales o específicas.

162 La Declaración de Teherán recuerda en su apartado 13: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” Acta final de la Conferencia Internacional de los derechos del Hombre, Teherán 22 de abril – 13 mayo 1968. Naciones Unidas A/conf 32/41 p.4. Asimismo en la Declaración y Programa de acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 se afirma que: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

elaboradas por instancia de protección de los Derechos Humanos tanto a nivel regional como a nivel internacional.

En España, la falta de ratificación de la Carta Social revisada viene a ser suplida por la ratificación del Pacto Facultativo al Protocolo de derechos económicos, sociales y culturales. Ello representa una oportunidad de enriquecer, por parte del órgano cuasi-judicial establecido en virtud del citado protocolo, la doctrina que viene elaborando el Comité de derechos sociales<sup>163</sup>. De igual manera, al juez nacional, el español en nuestro caso, se le brinda la posibilidad de establecer a través de sus razonamientos, a la luz del mencionado artículo 10.2 CE, pasarelas ente derechos de diversa naturaleza, contribuyendo de este modo a romper las barreras que les separa y a abrir la puerta a su amparo judicial.

#### **IX. Acerca de la indivisibilidad de los derechos**

En los sistemas constitucionales predominantemente liberales, se parte de la premisa de que la libertad abstractamente considerada es realizable, por lo que los derechos sociales son prescindibles para su consecución salvo respecto de aquellos derechos de cuyo contenido resulta imposible separar el contenido prestacional del de libertad. Dicho en otros términos, sólo se establece la conexión con derechos sociales cuando éstos constituyen las condiciones materiales del ejercicio del derecho de libertad concreto. La indivisibilidad de los derechos, a resultas de ello, sólo se propugna cuando se trata de derechos civiles y políticos con incidencia en la materia social. Pues, la justicia social, sin ser un objetivo directo, resulta de este modo alcanzable sólo en cuanto se le considera como imprescindible para la realización de un derecho de libertad.

De acuerdo con esta barrera conceptual de entrada, el anhelado principio de indivisibilidad choca con el establecimiento de listas separadas de los derechos de naturaleza social de aquellos de contenido de libertad. Obsérvese, además, que los sistemas de protección de ambas clases de derechos casi nunca son coincidentes, estableciéndose

---

<sup>163</sup>Para más información al respecto, véase: Dhommeaux Jean. La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels » In *Annuaire français de droit international*, Volume 40, 1994, pp. 633-657.  
[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi\\_0066-3085\\_1994\\_num\\_40\\_1\\_3214](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1994_num_40_1_3214)

mecanismos más garantistas cuando de los primeros se trata e instaurando, en su caso, cauces más laxos para los segundos. Sirva como ejemplo la regulación que la Constitución española hace respecto de ambas categorías.

Pues el constituyente español de 1978 dotó, haciendo caso omiso de la indivisibilidad tan proclamada, de un plus de fundamentalidad a aquellos derechos contenidos en la sección primera del título primero (además del principio de igualdad y la objeción de conciencia) a través del recurso de amparo judicial caracterizado por las notas de preferencia y sumariedad, y en su caso vía el recurso de amparo constitucional. Esta garantía no alcanza a los contenidos en la sección segunda, y menos aún a aquellos comprendidos en el capítulo tercero del mismo título, considerado por gran parte de la doctrina como “no derechos fundamentales”<sup>164</sup>. Ello hace algo menos que imposible que el Alto Tribunal participe en la labor conectora entre derechos de libertad y derechos sociales en aras de consagrar judicialmente el principio de indivisibilidad.

Dicho esto, entiendo que no es posible sostener que el grado de garantía no afecta al estatus de los distintos derechos fundamentales, ya que, como puede alegarse, éste les viene reconocido en virtud de la rúbrica del título primero que los engloba a todos, por cuanto para un jurista, cuyo afán es hacer valer los derechos, un derecho vale lo que vale su garantía. Fortalecida ésta, resulta más sólido el derecho y más amplio, por el esfuerzo jurisprudencial, el espectro de facultades que a su titular se le reconoce. Pero debilitada la garantía, su efectiva realización quedaría en manos del poder político en contra del cual, en puridad, se incluyen los derechos fundamentales en la norma suprema.

La misma separación es constatable a nivel internacional, pues a ninguna instancia se le reconoce una competencia material total que englobe las vulneraciones de ambas clases de derechos<sup>165</sup>. En el ámbito regional, salvando el caso africano que establece un único catálogo de derechos y de ahí que su protección resulte encomendada a una sola instancia<sup>166</sup>, esta

---

164 Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional, undécima edición, 2007, pág. 482.

165 Lo que ocurre a nivel de la Naciones Unidas con la separación del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Sociales.

166 La Comisión Africana de los Derechos Humanos.

división es un hecho incontrovertible tanto en Europa<sup>167</sup> como en América<sup>168</sup>.

Veamos ahora brevemente el mecanismo procesal establecido por el Pacto Facultativo del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, para pasar a continuación a repasar las posibilidades que ofrece la Constitución para integrar en el ordenamiento jurídico la interpretación elaborada a través de órganos de protección de derechos humanos.

#### **X. Ojeada sobre el Pacto Facultativo al Protocolo Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales**

El 10 de diciembre de 2008, sesenta años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>169</sup>. Dicho Protocolo<sup>170</sup> resulta de suma importancia para la protección de esta categoría de derechos, tradicionalmente relegados a un segundo plano. Su ratificación por el Estado español, introduce en el ordenamiento jurídico interno una herramienta procesal para la protección de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El referido amparo se hace posible por el establecimiento de tres tipos de procedimientos. El primero, a semejanzas del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, abre la puerta ante los particulares facultándoles para presentar “comunicaciones individuales”; el segundo, posibilita el control de los demás Estados firmantes de dicho Protocolo a través de las denominadas “comunicaciones interestatales” y, por último, se habilita un cauce para investigar las violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales.

---

167 Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comisión Europea de Derechos Sociales

168 Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

169 Resolución N° A/RES/63/117.

170 El Pacto facultativo del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales entrará en vigor a los tres meses del depósito del décimo instrumento de ratificación o de adhesión ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Para los nuevos Estados partes la entrada en vigor se hará efectiva a los tres meses de producido el depósito del respectivo instrumento de ratificación o adhesión.

Por tratarse de un instrumento facultativo, el Comité sólo puede recibir comunicaciones de aquellos Estados que, siendo parte del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, se hagan parte también del Protocolo Facultativo de referencia<sup>171</sup>.

En cuanto a la competencia material del Comité, el artículo 2 incluye todo los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, descartando así fundadamente un sistema de ratificación a la carta que supondría la valorización de algunos derechos en detrimento de otros.

En pos de equiparar los derechos previstos separadamente en los dos Pactos Internacionales, se establece la legitimación de las víctimas para la presentación de comunicaciones en los casos en los que la vulneración les afecte de modo directo. Asimismo, las víctimas, esta vez de manera conjunta, están facultadas para presentar su propio caso a través de una comunicación para hacer valer sus derechos presuntamente conculcados. Igualmente, se les permite conferir esta labor a terceros para presentar casos en su nombre, mediando en este supuesto su consentimiento expreso. Por último, permite presentar quejas en nombre de las presuntas víctimas, sin tener que cumplir el requisito del consentimiento, cuando ello sea justificable, entendemos, por imposibilidad material de obtener el consentimiento de todas las víctimas, o para no comprometer la seguridad del interesado<sup>172</sup>.

Para ser admitida a trámite una comunicación se precisa en primer lugar, aparte de las habituales condiciones de forma (carácter escrito de la comunicación y prohibición del anonimato), haber agotado los recursos internos<sup>173</sup>, en coherencia con el carácter subsidiario de la protección internacional. En segundo lugar, se requiere que la presentación de la comunicación se efectúe dentro del plazo de un año desde el agotamiento de los recursos internos, excepción hecha de los casos de imposibilidad de su presentación en el plazo establecido. Asimismo, y salvo que se trate de casos en los que los hechos hayan continuado

---

171 Vid. Art. 1.2

172 Vid. Art. 2

173 Vid. Art. 3.1

después la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado denunciado, la competencia del Comité no alcanza a los hechos anteriores a esta fecha. De igual manera, se exige la inexistencia de litispendencia<sup>174</sup>.

En el mismo orden de ideas, dispone el artículo 4 del Protocolo facultativo bajo exposición que, de ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general.

El Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé la posibilidad de solicitar por parte del Comité de derechos sociales al Estado presuntamente responsable la toma de medidas provisionales con el prurito de preservar los derechos de las partes, garantizar la efectividad de la decisión de fondo y evitar la causación de daños irreparables para las víctimas. Evidentemente, la adopción de dichas medidas no supone un pronunciamiento sobre la admisibilidad ni menos sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento<sup>175</sup>.

Admitida una comunicación, el Comité la pondrá de forma confidencial en conocimiento del Estado Parte. Éste, deberá en el plazo de seis meses, presentar por escrito al Comité las explicaciones aclaratorias de la cuestión con indicación de las medidas correctivas que haya adoptado<sup>176</sup>.

Respecto del procedimiento de presentación de comunicaciones individuales previsto en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el presente Protocolo Facultativo introduce una novedad consistente en la puesta a disposición de las partes, por parte del Comité, de sus buenos oficios<sup>177</sup> para alcanzar una solución amigable, cuyo objeto, entendemos, es la reducción del tiempo de la controversia por el establecimiento de una pasarela de diálogo que permita llegar lo más pronto posible a una solución acordada,

---

174 Vid. Art. 3.2

175 Vid. Art. 5

176 Vid. Art. 6

177 Vid. Art. 7.1

poniendo fin, en virtud de ello, al procedimiento de examen de la comunicación interpuesta<sup>178</sup>.

En el artículo 8 del mismo Protocolo se dispone que el Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones sometidas a su juicio con base en la documentación que obra en su poder con tal de que dicha documentación haya sido previamente remitida a las partes en el litigio. En su examen de las comunicaciones, el Comité puede tomar en consideración decisiones sobre la materia adoptadas con anterioridad por los órganos regionales<sup>179</sup>, dándole a su pronunciamiento un carácter tan persuasivo como actualizado. Además, en el curso de su examen, ponderará el grado de razonabilidad y apropiación de las medidas adoptadas por el Estado incurso en responsabilidad<sup>180</sup>.

Los dictámenes del Comité, una vez resuelto el asunto, se notificarán, en virtud del artículo 9.1 del Pacto Facultativo del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, a las partes y serán objeto de seguimiento en los informes periódicos que el Estado se había comprometido a entregar.

Otro procedimiento de sustanciación de asuntos litigiosos viene establecido en el presente Protocolo, pero sólo sirve para ventilar comunicaciones presentadas ante el Comité por parte de Estados<sup>181</sup>. Para accionar dicho procedimiento que denuncia el incumplimiento de algún Estado parte de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, se precisa una declaración previa por parte de los Estados, instrumento separado del de la ratificación, en cuya virtud se acepta la competencia del Comité.

Al margen de estas dos modalidades, el Comité puede actuar de oficio<sup>182</sup> ante casos de violaciones graves o sistemáticas de los derechos garantizados en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, frente a cualquier Estado que previamente lo haya

---

178 Vid. Art. 7.2

179 Vid. Art. 8.3

180 Vid. Art. 8.4

181 Vid. Art. 10.

182 Vid. Art. 11

aceptado. El procedimiento de investigación se caracteriza por su confidencialidad y se inicia por una invitación dirigida por parte del Comité a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información. La investigación finalizará por la emisión de las conclusiones que el Comité dará traslado al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.

El Comité puede realizar el seguimiento a sus recomendaciones solicitando al Estado parte que incluya en su informe periódico una información pormenorizada de las medidas llevada a cabo en cumplimiento de las recomendaciones, o instando, a los seis meses posteriores a la notificación de los resultados de la investigación, que se le informe sobre las medidas tomadas a raíz de esa investigación.

Las últimas disposiciones del Pacto Facultativo hacen hincapié sobre extremos, no menos importantes, como las medidas de protección<sup>183</sup> que el Estado debe establecer a favor de las personas que hagan uso de su derecho de presentar comunicaciones o que participen indirectamente en el procedimiento de comunicaciones. Asimismo se insiste en las dimensiones de asistencia y cooperación internacionales<sup>184</sup> como medios de realización de los derechos económicos, sociales y culturales, y para ello se instituyó el llamado Fondo Fiduciario. Aprovechar o no estos medios permite al Comité distinguir entre “falta de voluntad” y “falta de capacidad” del Estado para realizar plenamente los derechos consagrados en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

## **XI. La posible incorporación de la jurisprudencia internacional a través del mandato interpretativo del artículo 10.2 de la CE**

Tas la oportunidad brindada por la ratificación del susodicho Pacto Facultativo, se impone volver al artículo 10.2 de la CE que dispone que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta cláusula de

---

183 Vid. Art. 13

184 Vid. Art. 14

apertura contenida en la carta magna se inscribe en la línea de imponer nuevos límites a través del Derecho Internacional a la soberanía del Estado en sus relaciones con los ciudadanos. Limitación que afecta directamente al poder jurídico, no político, del Estado que es el Poder Judicial al imponerle “decir derecho” a la luz del contenido de los tratados que versan sobre Derechos Humanos. Lo que viene a decir que el contenido de éstos integrado por la interpretación que de los mismos hacen los órganos encargados de su protección se erige en canon para una completa intelección judicial de los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional. Definición de éstos que ha de huir, como lo hizo razonadamente Francisco RUBIO LLORENTE en su voto disidente en la STC 26/1987, de “la restringida concepción de los derechos fundamentales que se recoge en el fundamento 4.º apartado a), y que reduce el conjunto de tales derechos al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo”. Un tal concepción, añade el Magistrado disidente, “obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales (la mayoría de los existentes en Europa occidental, por ejemplo) en los que no existe esa vía procesal” y que es, a su juicio, “absolutamente incompatible con nuestra propia Constitución que también sustrae a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1) los derechos comprendidos en la Sección 2.ª del Capítulo Segundo que son también, por eso mismo, derechos fundamentales y entre los cuales se encuentran derechos de libertad tan decisivos como el de contraer matrimonio (art. 32) o el de elegir profesión u oficio (art. 35) o garantías de instituto tan importantes para los individuos y para la estructura de nuestra sociedad como son la de la propiedad privada (art. 33), o la negociación colectiva laboral (art. 37).”

Saiz ARNAIZ<sup>185</sup>, al enfrentarse con este tema, recuerda que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el precepto se refiere a los derechos comprendidos en los artículos 14 a 38 CE (STC 36/1991), pero añade que el mismo Tribunal no ha negado nunca que pueda también extenderse a otros derechos. Ello sería tan lógico como garantista por cuanto el artículo 10.2 CE encabeza el título I y este último se rubrica “de los Derechos y Deberes Fundamentales” incluyéndolos a todos.

---

185 Cfr. Francesc de CARRERAS “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”. Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 60, Sept-Dic 2000, Pág. 327.

Siguiendo el hilo argumental de estas dos posiciones incomprensiblemente minoritarias, y con apoyatura en razonamientos del Tribunal Constitucional español<sup>186</sup>, nada impide que el Alto Tribunal, se haga eco de las disposiciones del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales<sup>187</sup>, pues ha admitido tratados no específicos de Derechos Humanos cuando algunas de sus disposiciones permiten interpretar los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española; verbigracia los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Aún más rotunda ha de ser la afirmación de que el Tribunal Constitucional puede considerar como criterio interpretativo la jurisprudencia del Comité de derechos sociales<sup>188</sup> como parámetro de interpretación en la misma medida que ha utilizado la

---

186 “El Tribunal declaró que en este proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia “la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos 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).” STC 236/2007. En la misma sentencia apunta también que: “Por otra parte, la STC 94/1993, de 22 de marzo, señaló que el art. 19 CE reconoce la libertad de circulación “a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio” (FJ 4), invocando los arts. 12 y 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966.” Añade el TC que “En suma, la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre.” En el mismo sentido, en su Sentencia 16/2004, FJ 3, el TC recuerda el “valor que por virtud el artículo 10.1 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales”. En la misma sentencia añade el TC que “Dicha doctrina, de la que este Tribunal se hizo eco en la STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 2, y en la STC 119/2001, de 8 de junio, FFJJ 5 y 6, debe servir, conforme proclama el ya mencionado art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8)”. Sin embargo matiza esta afirmación añadiendo que “ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución española y el Convenio europeo de derechos humanos ni la antes apuntada necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales.”

187 El Tribunal Constitucional se refirió al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales al afirmar que: “El derecho a la educación, como tal, se recoge en el art. 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC). En su primer apartado dispone que “...”.

188 Recuérdese que el Tribunal Constitucional se hizo eco de Tratados firmado pero no ratificado por el Estado español tal como se verifica en la sentencia 236/2007 cuando recuerda que: “Hemos dicho que tal principio constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU y en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales -que, aunque firmado por nuestro país, aun no ha sido objeto de ratificación-, protegiendo “al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción -administrativa o

emanada del Comité de derechos humanos<sup>189</sup>. Más aún, el Tribunal Constitucional se ha abierto al derecho internacional dando consideración de criterio interpretativo indirecto a ciertas Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo<sup>190</sup> o las denominadas “reglas mínimas” de la Organización de las Naciones Unidas<sup>191</sup>.

Ahora bien, lo que es de esperar del Comité de derechos sociales de la Organización de las Naciones Unidas es, en expresión de Bockenförde, rellenar las normas constitucionales relativas a derechos sociales ampliando los contornos del bloque constitucional externo<sup>192</sup>, y extrayendo contenidos precisos de estas normas susceptibles de completar el ordenamiento jurídico, y más precisamente los derechos sociales contenidos en el texto constitucional. Ello estaría en perfecta armonía con lo declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/1991 cuando afirma los tratados “son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos” y que cualquier derecho ha de ser “interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”<sup>193</sup>.

Además, si resulta ocioso recordar que el poder judicial es el garante natural de los derechos,

---

penal-, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado -absolución o sanción- del mismo” (STC 2/2003, de 16 de enero, FFJJ 2 y 8).”

189 Recuérdese el artículo 14.5 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el derecho a la segunda instancia en materia penal.

190 “Finalmente, deben mencionarse dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ambos ratificados por España y con virtualidad hermenéutica ex art. 10.2 CE (según se dijo en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5): el Convenio núm. 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, en cuyo art. 2 se garantiza aquí ya “a los trabajadores ... sin ninguna distinción ... el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”; y el Convenio núm. 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, cuyo art. 1 proclama que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.” STC 236/2007. En la misma sentencia añade que “En nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a “todos” los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a “todos” los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo art. 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos.”

191 Cfr. Francesc de CARRERAS “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, pág. 329.

192 Ídem, pág. 334-335.

193 STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5”.

pues cuando el poder político del Estado, al asumir responsabilidades internacionales en virtud de tratados o convenios válidamente ratificados, se compromete ante la comunidad internacional reconociendo nuevas obligaciones con respecto a sus ciudadanos, el poder jurídico del Estado no debe guiarse por las consideraciones políticas ajenas a su cometido en tanto en cuanto su compromiso, también en esta materia, deriva de la Constitución, concretamente de su artículo 10.2 que le constriñe a razonar desde el ordenamiento jurídico, ampliado continuamente por los Tratados y Convenios internacionales. Dicho de otro modo, la propuesta normativa ofrecida por vía de la interpretación, que hace el poder jurídico del Estado, en virtud del mandato del artículo 10.2 CE, permite, aunque “*iura novit curia*”, integrar el contenido de las disposiciones sobre la materia aprovechando su “contextura receptiva”<sup>194</sup>, y ampliando así el ámbito normativo constitucional. De hecho, existen antecedentes jurisprudenciales que se han hecho eco de esta operación tal como fue el caso, entre otras, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 235/1997, de 7 de marzo y en la otra del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias nº138/2007, de 22 de junio.

Más aún, el artículo 10.2 CE, que obviamente tiene un carácter puramente interpretativo y de ningún modo inclusivo de nuevos derechos, es el único cauce jurídico en mano del poder jurídico para incorporar la dimensión objetiva de las resoluciones de los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos al ordenamiento interno debido al déficit que acarrea éste último en cuanto a la falta de un sistema concreto de ejecución de sentencias extranjeras y de resoluciones dictadas por instancias judiciales o cuasi-judiciales a nivel internacional<sup>195</sup>.

## **XII. Valoración de la ratificación española de Protocolo Facultativo al Pacto de derechos económicos, sociales y culturales**

¿Resulta razonable la ratificación por parte de España del Pacto Facultativo del Pacto

---

194 Expresión Miguel Ángel APARICIO PÉREZ: “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, In Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, Nº 6, 1989, pag.14.

195 Cfr. Luís JIMENA “La vinculación del Juez a la Jurisprudencia internacional”. Ponencia en el VI Congreso de la ACE (Cádiz, 24-25 enero 2008). <http://www.acoes.es/pdf/Jimena.PONENCIA.pdf>

Internacional de derechos económicos, sociales y culturales sin previamente haber ratificado la Carta social revisada?

Entiendo que la respuesta varía en función de la perspectiva desde la cual se emprende el análisis.

Abordada la cuestión desde el estatus de ciudadano español, resulta más garantista el nuevo cauce procesal establecido por el Pacto Facultativo del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales en cuanto fortalece la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos debido a la puesta a disposición de los individuos de la posibilidad de presentar reclamaciones sobre presuntas vulneraciones de sus propios derechos. Más aún, el mecanismo establecido por el referido Pacto Facultativo permite un control concreto de las reclamaciones, sin perjuicio del valor jurisprudencial del razonamiento jurídico que sustenta la decisión, a diferencia del tipo de control abstracto que se da en los mecanismos de reclamaciones colectivas.

Pero si se le aborda desde una perspectiva europeísta, resultaría más coherente con el marco europeo del que forma parte España, que ésta hubiera ratificado la Carta Social Europea antes de la ratificación del referido Pacto Facultativo. Además sería más razonable ahondar en la democracia social en el marco europeo toda vez que la democracia política está bastante consolidada, confirmación que no se puede sostener en el marco de la Naciones Unidas de la que forman parte no pocos Estados sólo nominalmente constitucionales, y por lo tanto sin verdadero compromiso ni siquiera con los derechos “baratos” y menos todavía con los necesitados de una cobertura económica para su efectiva realización.

Sin embargo, en ambos casos persistiría el problema de la posible contradicción de decisiones regionales entre sí, o con decisiones de órganos universales de protección de Derechos Humanos. De entrada cabe decir, respecto de España, en tanto no ratifique la CSE, que la contradicción no se plantearía entre la jurisdicción del Comité europeo de derechos sociales y la del Comité de derechos sociales de la Organización de la Naciones Unidas que se genere a través de las decisiones de fondo sobre las reclamaciones individuales. Pero sí, son dables, cuanto menos, divergencias entre los pronunciamientos de este último y la jurisprudencia recaída sobre derechos de naturaleza social tanto del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, creándose de este modo una verdad internacional y otra europea. En semejante supuesto el operador jurídico, especialmente el juez nacional, al hacer uso del mandato del artículo 10.2 CE, se vería obligado a optar por una interpretación en detrimento de otra, estableciendo, seguramente sin pretenderlo, una jerarquización entre las decisiones de instancias internacionales de protección de derechos.

Dicho esto, la ratificación por parte de España de la Carta Social Europea no resolvería este problema, pero sí permitiría ahondar en el establecimiento del estándar europeo de derechos sociales, base de la democracia social en este continente. Ello ha sido asiduamente trabajado por el Comité Europeo de derechos sociales tanto a través de su jurisprudencia como vía sus oportunas remisiones a los razonamientos realizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>196</sup> o por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, consolidando la complementariedad que ha de operar entre las instancias de protección de Derechos Humanos. Las citas mutuas de jurisprudencias internacionales son más posibles a nivel regional que a nivel internacional, y ello sin duda serviría como un paso previo para hacer realidad el reclamo generalizado de la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea.

## RESUMEN

Si el constitucionalismo revolucionario de finales del siglo XIX y principios del siglo XX se proponía asegurar, a través de un catálogo de derechos principalmente de libertad, el llamado bienestar formal, en las sociedades modernas, las constituciones de se proponen conseguir un bienestar de naturaleza material, necesario para el mantenimiento de una mayor cohesión e integración social y política. Este trabajo intenta operar una relectura y replanteamiento de valores tales como la igualdad y la solidaridad.

---

196 En el apartado 20 de la decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004 recaída en la reclamación N° 15/2003, el Comité Europeo de Derechos Sociales apunta que “esta perspectiva ha sido destacada recientemente en una importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Connors contra Reino Unido*, sentencia de 27 de mayo de 2004, apdo. 84), en la que declara: (...)”.Cfr. Luíís Jimena Quesada. “La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de Reclamaciones Colectivas, Vol. I: 1988-2005. Pág. 252”.