

**La plena igualdad como garantía de los derechos sociales
y la proyección de la solidaridad**

Full Equality As a Guarantee of Social Rights and Projection of Solidarity

María Macías Jara
Universidad Pontificia de Comillas - ICADE, Madrid

Mail: mmacias@upcomillas.es

Artículo recibido el 20 de julio de 2013
Artículo aceptado el 26 de julio de 2013

Resumen

El cambio estructural que refleja la situación actual obliga a replantearse la protección social en el marco de una solidaridad integral. Ello hace necesario el sello de un nuevo pacto social que tenga a los derechos sociales como horizonte normativo y a las desigualdades y restricciones presupuestarias y financieras como limitaciones que es necesario reconocer y enfrentar. Se trata de crear puentes entre los derechos sociales y los criterios de política destinados a reforzar su exigibilidad pero, también, se ha de partir de la necesaria intervención del legislador para dar cobertura legal y un marco normativo que atienda al principio de seguridad jurídica. El Estado social constituye una garantía para la efectividad de los derechos sociales. Son derechos constitucionalizados y están para garantizarlos, como sea.

La clave no pasa necesariamente por inventar derechos, ya los tenemos. Sólo hay que cambiar de paradigma y dejar de observarlos como derechos defensivos. Es preciso verlos como derechos de protección efectiva. Pero la efectividad no sólo trata de políticas públicas, sino de valores y de derechos humanos, como la igualdad y su proyección en la solidaridad, con lo que resulta inminente encontrar en el equilibrio normativo y la disposición de recursos, la llave para la plena proyección de los derechos sociales. La ductilidad del derecho también alcanza a la CE. Los derechos sociales son exigibles y justiciables porque fijan los límites mínimos que debe cubrir el Estado en materia económica y social para garantizar el funcionamiento de sociedades justas y para legitimar su propia existencia. En virtud de la DUDH, todos los derechos humanos son integrales e interdependientes, pues

no hay verdadero goce de los unos sin la protección adecuada de todos como un conjunto integrador para la salvaguarda de la dignidad humana.

Abstract

The structural changes reflected in the current situation oblige to rethink social protection in the context of integral solidarity. This makes necessary to seal a new social pact with social rights as a normative horizon and inequalities and budgetary and financial constraints as limitations that must be recognized and resolved. It's about building bridges between social rights and policy criteria to ensure their enforceability but also, it has to start from the required legislative action to cover legal and regulatory framework that addresses the principle of legal certainty. The welfare state is a guarantee for the effectiveness of social rights. The rights are constitutionalized and they are here to be guaranteed as much as possible.

The key is not necessarily about creating rights, they currently exist. It is enough with changing the paradigm and not to examine them as defensive rights. It is a matter of key importance to examine such rights as effective protection rights. But such effectiveness is not only referred to public policies, but to values and to human rights, such as equality and its projection in solidarity, which implies that it is crucial to found in the balance impending regulatory and resources available, the key to the full projection of social rights. The ductility of the right also extends to the Spanish Constitution. Social rights are enforceable and justiciable because they set the minimum that the State should cover in the fields of economic and social development to ensure the operation of fair societies and to legitimize its own existence. Under the UDHR, all human rights are integral and interdependent, because there is no real enjoyment of the few without adequate protection of all as an integrator set to safeguard human dignity.

Palabras clave:

Derechos sociales, derechos fundamentales, igualdad, solidaridad, garantías.

Keys Word:

Social rights, fundamental rights, equality, solidarity, security.

SUMARIO: 1. El principio de indivisibilidad de los derechos: eliminando las categorías. 2. La necesidad de un cambio de paradigma: la interconectividad de los valores. 2.1. La solidaridad como motor y eje vertebrador para la protección de los derechos sociales 2.2. La igualdad como valor para el impulso y la proyección del cambio. 3. La compleja exigibilidad de los derechos sociales. 4. La justiciabilidad de los derechos sociales. 5. Algunas conclusiones

1. El principio de indivisibilidad de los derechos: eliminando las categorías

La tradicional conceptualización de los derechos ha optado por mantener una clasificación que los divide en dos grandes bloques, aparentemente irreconciliables, como son los derechos fundamentales y los derechos sociales¹.

Sin embargo, esta división resulta, a mi juicio, más artificial que natural y no se deduce del Derecho Internacional, que, al contrario, predica el principio de indivisibilidad de los derechos. Así, por ejemplo, se colige de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH). Aunque dicho Texto se adoptó con carácter no vinculante, la aprobación del Pacto de derechos civiles y políticos (PIDCP) y del Pacto de derechos sociales, económicos y culturales (PIDESC), en 1966, ha facilitado las correspondientes ratificaciones. No obstante, la proyección de la DUDH en sendos Pactos, no explica, por sí misma, la diferente virtualidad práctica que han adquirido, por la que el primero parece desplegar mayor fuerza vinculante e, incluso, mayor eficacia que el segundo. Pero no se termina de justificar esta fragmentación, en particular, tras la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968, en la que se señaló que:

“(…) los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el pleno disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es imposible. El logro de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social sanas y eficaces”.

En este sentido, se ha de tener en cuenta el Protocolo Facultativo al PIDESC, de 2008, que pone en conexión la realización del ser humano libre con la creación de las “condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos y sociales”. Y, a continuación, reafirma “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Asimismo, el hecho de que en los Preámbulos de los Pactos se establezcan fórmulas idénticas en los que derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, se hacen depender por igual, de nuevo, de la realización del ser humano libre, vislumbra la conexión de todos ellos con la idea de dignidad de la persona, en particular, con su dimensión conectada a la libertad fáctica y, por ende, a la idea de igualdad.

De este modo, de la nota de la indivisibilidad se desprende una premisa de partida que se traduce en la necesidad de asegurar el disfrute de todos los derechos para la consecución del desarrollo libre e igual y la dignidad del ser humano. Y, al tiempo, dos consecuencias inmediatas. Por un lado, la interdependencia de los derechos y, por otro lado, la igualdad entre ellos. Así, incentivar el disfrute de un grupo de

¹ En esto y para lo que sigue, ESCOBAR ROCA (2012): 49 y ss.

derechos en detrimento de otros, implica un desequilibrio que repercute en la efectividad de todos ellos y en la dignidad misma. En este plano, la Declaración de Derechos Humanos de Viena, de 1993, estableció que:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La Comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso” (I. 5)².

Así, pues, la indivisibilidad se refiere a la globalidad de los derechos, a su entendimiento como un todo, concebido no como un bloque homogéneo estático e inerte, pues cada derecho tiene una dinámica diferente, responde de una manera a las distintas realidades y se relaciona de un modo diferente con otros derechos o cobra una u otra virtualidad en virtud del elemento fáctico que entre en juego. Lo que significa la indivisibilidad es que todos los derechos comparten una esencia común y un fundamento igual en la dignidad humana que hace que desplieguen plena eficacia y sean garantizables. Pensados como un conjunto en el que interactúan, tal vez, carezcan de utilidad las clasificaciones que los compartimentan. Quizás, puede tener sentido la clasificación estructural de los derechos³, esto es, la que lleva a hablar de derechos de defensa o de libertad y derechos de prestación, pues, ciertamente, este carácter va a influir no tanto en los efectos jurídicos que despliegan, iguales para todos, sino de la efectividad de su pleno ejercicio en relación a las garantías. No obstante, parece que de esta clasificación también podría prescindirse, pues, en parte, todos o muchos de los derechos tienen una *vis* de libertad y una *vis* de prestación. Incluso, se ha afirmado que la categoría de derechos sociales, como categoría autónoma carece de sentido, pues no en todos los casos sirve para identificar un grupo de derechos respecto de otro⁴.

En el extremo de la categorización de los derechos se ha llegado, incluso, a diseccionar un derecho en partes sociales y en partes fundamentales logrando enfrentarlas. Sin embargo, creo que no sería útil blindar con las máximas garantías el reconocimiento de un derecho bajo el paraguas de la fundamentalidad para desproteger el ejercicio del mismo en base a su socialidad. Esto es lo que ha sucedido en buena medida con la igualdad. Tradicionalmente, se ha clasificado la igualdad jurídica como un derecho de libertad, mientras que su realización, se ha categorizado como un derecho de base social o de prestación o de necesaria intervención de los poderes públicos, llegándose a observar como realidades contrapuestas o antagónicas.

Por consiguiente, si todos los derechos tienen su fundamento en la dignidad de la persona y la dignidad está asociada a la libertad en cuanto a

² En este sentido también se han pronunciado las Convenciones sectoriales de Derechos Humanos. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2007 o la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, realizan en el Preámbulo una interpretación conjunta de la Declaración y sendos Pactos internacionales de Derechos Humanos. Y, asimismo, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW), tras señalar la relevancia al respecto de la DUDH, establece en el tercer Considerando que “los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos”. OCHOA RUIZ (2010, 2ª ed.): 397 – 398.

³ En general, ESCOBAR ROCA (2006).

⁴ GARCÍA MANRIQUE (2010): 74 – 75.

autodeterminación y ejercicio libre de la propia decisión, parece que la libertad también adquiere una vertiente real y, en este sentido, social del que han de servirse los derechos, también los sociales. El cumplimiento de las expectativas de dignidad y, por ende, de libertad, implican la realización y la salvaguarda de un mínimo básico para soportar y cubrir la propia existencia⁵. Ello necesariamente requiere de igualdad, en sentido de justicia aristotélica⁶.

Por lo tanto, aun si se prefiere mantener las categorías, la libertad y los derechos de libertad requieren y se retroalimentan de la realización de la igualdad y de los derechos sociales. Parece difícil interpretar la libertad sin la igualdad y, por el mismo argumento, parece que los derechos civiles y políticos han de reinterpretarse a la luz de los derechos sociales y a la inversa⁷. Si esto es así, la efectividad de todos los derechos queda confirmada, lo que no significa que todos los derechos deban y puedan disfrutar de las mismas garantías, siquiera de todas, pues, en ocasiones, la efectividad, se logra con unas y en otras, con otras y en esto también se incluye la justiciabilidad, pues parece que es la mayor de las garantías posibles⁸.

Parece que esto debería ser así, en particular, en los llamados derechos sociales de libertad (o derechos fundamentales sociales). Se plantea que aunque se difuminen las diferencias entre derechos fundamentales y derechos sociales, éstos han de tener algunas peculiaridades que hacen que, al menos, en nombre, se nieguen a desaparecer (considerando así los derechos del Capítulo III del Título I CE). Y esa especificidad de los derechos sociales puede estar en la expresión de estados ideales que están destinados a representar. En este plano, se argumenta que los derechos sociales tendrían una distancia mayor entre el ideal y la realidad que los derechos subjetivos, lo que se reflejaría en la idea de eficacia. Una prescripción desplegaría mayor eficacia cuanto más corta sea la distancia entre el ideal que recoge y la realidad, por lo que los derechos sociales tendrían una menor capacidad para configurarse como derechos subjetivos. Sin embargo, me suscita alguna duda que, aunque ello fuera así, necesariamente haya de albergar la conclusión de que los derechos sociales desplieguen menos eficacia que los derechos fundamentales, máxime cuando su fundamento es único, como se ha apuntado, tanto desde su interpretación al abrigo de la DUDH, como por su fundamento en la dignidad.

En este aspecto, me parece que si los derechos sociales conservan o no su denominación responde a que son derechos que ponen directamente en marcha el mecanismo de la socialidad del Estado, esto es, su intervención para su realización.

Entramos con ello, de nuevo, en categorías que hablan de derechos sociales como aquellos condicionados a la actuación del Estado pero, en este plano, esta división tampoco responde bien al mantenimiento de la diferencia entre derechos sociales y derechos fundamentales, pues en buena medida, éstos últimos también

⁵ Se ha argumentado que para asemejar los derechos sociales con los derechos fundamentales, no es necesario hablar de protección de mínimos, sino que puede darse un contenido óptimo. GARCÍA MANRIQUE (2010): 80 y ss.

⁶ ARISTÓTELES (1983): 83. No está de más reproducir la de sobra conocida cita: "Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"

⁷ GROS ESPIEL (1988): 324 - 325

⁸ ESCOBAR ROCA (2012): 54. Y PISARELLO (2007): 11 y ss.

necesitan de la intervención del Estado para su realización⁹ y, por lo tanto, en ocasiones, adquieren una distancia tan importante entre el ideal y la realidad como algunos derechos sociales. Parece que poner el acento de la distinción entre ambos en la eficacia o sólo en este aspecto de la eficacia, no es del todo útil.

Por consiguiente, los derechos sociales podrían configurarse como derechos subjetivos. En esta dirección se ha definido que un derecho subjetivo es una pretensión conferida a un sujeto frente a otro sujeto al que se impone una obligación correlativa¹⁰. Esto hace que los derechos sociales tengan una configuración constitucional que no les favorece. Parece que los derechos sociales no pueden ser derechos subjetivos garantizables y justiciabilizables como tal porque su articulación en las Constituciones ofrece dificultades para ello. No obstante, habrá que buscar los mecanismos precisos porque de este hecho no puede automáticamente deducirse que no se esté ante derechos realizables¹¹.

Del mismo modo, la conformación de un derecho como subjetivo no depende tanto de su categorización como derecho social o derecho fundamental, sino de la concreción que el legislador haya hecho de él. En este sentido, la configuración del ideal, del querer ser, como un derecho subjetivo supone su acotación, su delimitación en concepto y alcance. En este sentido, parece que es más difícil justiciabilizar el ideal. Es decir, un derecho social que no ha sido determinado es más difícil de someter a la decisión de un juez, pues debería estar establecido su alcance y contenido que ha de ser labor del legislativo y, en su caso, de ejecutivo. Ello puede afectar a la justiciabilidad y al valor de justicia, que necesita de esa concreción normativa para realizarse. Pero, a mi juicio, la supuesta falta de las garantías adecuadas para la efectividad del derecho, no significa la inexistencia ni la carencia de su fundamentalidad¹².

En este extremo, resulta que mantener la escisión categórica entre derechos fundamentales y derechos sociales conduce al siguiente razonamiento lógico-deductivo:

Los derechos fundamentales son justiciables

Los derechos sociales no son justiciables

Luego, los derechos sociales no son derechos fundamentales.

O, incluso:

Los derechos fundamentales son justiciables

Los derechos sociales no son derechos fundamentales

Luego, los derechos sociales no son justiciables

⁹ HERREROS LÓPEZ (2011): 82.

¹⁰ GUASTINI (1999): 180.

¹¹ En lo que sigue, GARCÍA MANRIQUE (2010): 90 – 95.

¹² FERRAJOLI (1999): 43.

Sin embargo, estas conclusiones nos conducen a romper con la esencia del principio de indivisibilidad de los derechos y a establecer una clasificación sustancial, es decir, no ya en la estructura del funcionamiento de unos y otros derechos, sino, en la esencia conceptual del entendimiento de lo que son. La defensa de esta base diferenciada que alberga, por un lado, derechos sociales y, por otro, derechos fundamentales, tendría que llevarnos a defender, por ejemplo, la idea encadenada de que los derechos sociales no son derechos fundamentales porque su razón de ser, su fundamento, es distinto, pues responde al valor igualdad, que en el contexto de esta tesis sería menos relevante, en tanto menos justiciable que el de libertad, vinculado a la naturaleza de los derechos fundamentales. Ello nos conduce a la, a mi juicio, innecesaria e insostenible confrontación de valores.

En cualquier caso, la mayoría de la doctrina no llega a afirmar esto, sino que se conforma con el tenor literal del artículo 53.3 CE. Tendría que deducirse de lo anterior que son solo los derechos sociales recogidos en el Capítulo III del Título I CE los que no son derechos fundamentales y si otros, empezando por la igualdad, aunque ésta es también matizable según la doctrina clásica, y los derechos a la educación, el trabajo o a la Seguridad Social. A mi entender, el calificativo de los derechos puede mantenerse siempre que sea útil para comprender que únicamente responde a una intención para la realización de los derechos. Consiste en un mandato que conlleva la implicación de un destinatario de la norma social que va más allá del sujeto afectado. Esto es, la nota de socialidad que parte del propio Estado social, puede acompañar a los derechos en la medida en la que la realización de éstos necesite la intervención de los poderes públicos para su efectividad plena pero ello no modifica su esencia de fundamentalidad común derivada de la DUDH.

En todo caso, en los entresijos de esta discusión doctrinal, la conclusión más inmediata pasa por señalar que, en materia de derechos, llámense sociales o fundamentales, las categorías-compartmento, el blanco y el negro, no resultan interesantes de mantener porque no dan respuesta a los problemas.

2. La necesidad de un cambio de paradigma: la interconectividad de los valores

Se plantea, pues, que es necesario un cambio de paradigma que nos lleve a romper con la división entre derechos sociales y derechos fundamentales y, a su vez, a revisar los confrontamientos entre valores y a establecer un hilo conductor armonizador de ellos.

Como es sabido, los valores superiores del ordenamiento jurídico que refleja nuestro Texto constitucional en el artículo 1.1, se configuran como una norma que contiene principios del sistema democrático. Suponen, asimismo, un límite y una referencia sobre los que se construye el sistema normativo y, en palabras de PECES BARBA, “incorporan una propuesta de Derecho Justo al Derecho positivo”¹³.

¹³ PECES BARBA (1984).

Tradicionalmente, la libertad se ha identificado con las conquistas del Estado liberal, lo que ha hecho de ella una configuración parcial, como no injerencia. En este mismo sentido, se ha situado a la igualdad formal o jurídica identificada con la generalidad y universalidad de la norma al margen de su contenido y de las situaciones fácticas de sus destinatarios, de modo que la igualdad se confundiría en este plano con identidad. Sin embargo, desde la consideración del Estado social, la igualdad y también la libertad, incluyen una vertiente social o prestacional a partir del mandato contenido en el artículo 9.2 CE como una prescripción dirigida a los poderes públicos para hacerlas efectivas¹⁴. En este sentido, la interpretación conjunta de la libertad y de la igualdad es necesaria.

Inicialmente, la libertad ha supuesto el sustento de los derechos individuales y, por lo tanto, el valor superior con mayor grado de proyección. La Constitución española, al proclamar el valor superior de la libertad, está consagrando, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, el reconocimiento “de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”¹⁵. Por el contrario, el valor de igualdad se ha quedado rezagado, al menos en su vertiente sustancial, por su conexión con los derechos sociales y con su materialización. Así, se ha intentado establecer la idea, desde un punto de vista ético-justificativo, de que los valores que sirven a los derechos sociales son los de igualdad, solidaridad o, a lo sumo, el de libertad fáctica.

Sin embargo, a mi parecer, es muy difícil establecer una libertad que no conlleve o a la que no le preceda la igualdad¹⁶. Parece, cuanto menos, dudoso que pueda escindirse un valor en pedazos de los que resultan dimensiones de una fuerte proyección, conectadas con los derechos fundamentales y otras, más débiles, ligadas a los derechos sociales, máxime cuando ya se ha establecido que unos y otros derechos están interconectados y radicados en valores universales.

En un Estado democrático, es, por supuesto, preciso que la libertad se ejerza de forma plena para la consecución de los derechos fundamentales pero un Estado democrático no puede desconocer la eficacia del principio de igualdad¹⁷; desde luego, la igualdad jurídica, pero también la igualdad real porque ésta, a su vez, activa el valor de justicia. Por ello, todos son valores que han de estar presentes en el Estado democrático pero si, además, éste se configura como un Estado social, como es nuestro caso, la igualdad y su realización adquiere una trascendencia especial¹⁸.

Podría tener otra proyección el valor de pluralismo político, que se deriva de la ruptura con el régimen anterior y el valor de justicia que parece colegirse de la valoración conjunta de los de igualdad y libertad. Sin embargo, ello no significa que exista un orden de jerarquía entre los valores, pues lo que subyace entre ellos es un criterio de universalidad.

¹⁴ ALZAGA VILLAAMIL, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ Y RODRÍGUEZ ZAPATA (2001): 282 y ss.

¹⁵ STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6.

¹⁶ Sobre esta idea, MACÍAS JARA (2011).

¹⁷ LUCIANI (1995): 97 y ss.

¹⁸ Por todas, STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6.

En todo caso, es necesario que los valores estén interconectados por un hilo conductor común que, a mi juicio, ha de estar proyectado en parámetros de solidaridad. Así, la lectura de los valores habría de hacerse desde IGUALDAD solidaridad JUSTICIA solidaridad LIBERTAD solidaridad PLURALISMO POLÍTICO y, así, sucesivamente, continuando con el bucle. El constituyente no optó por incluir la solidaridad como valor superior de manera expresa pero creo que no puede hacerse efectiva la consecución de todos ellos sin contar con la solidaridad como principio informador y más allá, como eje conductor de los derechos, como se verá enseguida.

2.1. La solidaridad como motor y eje vertebrador para la protección de los derechos sociales

La función del principio de solidaridad es precisamente la de activar los mecanismos de integración social. En este sentido, parte de la doctrina considera que la realización de los derechos sociales se encuentra vinculada al principio de solidaridad y no tanto al principio de igualdad sustancial¹⁹.

En mi opinión, ambos constituyen las partes necesarias de un broche que abre un bucle por el que confluyen los derechos sociales. Parece claro que la realización y la garantía de los derechos sociales no puede llevarse a cabo si no entra en juego el principio de solidaridad. Y, al tiempo, es difícil imaginar la solidaridad sin la materialidad de la igualdad, principio y objetivo. Y, de nuevo, es complicado concebir la materialidad de la igualdad y siquiera de la libertad, sin el valor de la justicia y complejo de articular éste sin la interconectividad de los individuos y las situaciones fácticas que les acontecen.

Por todo ello, la solidaridad representa un valor conductivo que, de algún modo, potencia las dimensiones colectivas y la interacción y empatía entre los seres humanos. Tal y como sucede con la protección de la salud y el sistema de Seguridad Social. Aquí subyace una perfecta conjunción de valores y de consecuencias a su aplicación. Por un lado, la contribución ciudadana a un sistema de beneficio común dispara el principio de solidaridad. Al tiempo, la articulación de un derecho del paciente por el que participa en las decisiones sobre la elección de su tratamiento, activa el valor de libertad y, a su vez, el hecho de que esta situación genere un mínimo indispensable del que disfrutaran todas las personas, al margen del territorio o de su capacidad económica, origina una potente garantía de igualdad y, asimismo, una huida hacia adelante que evita dotar a un derecho social de mínimas garantías y escasa protección. Muy al contrario, este derecho, a pesar de suponer una distribución de recursos, despliega una notable fuerza vinculante para los poderes públicos en base a la igualdad y a la libertad, bajo la proyección de la solidaridad.

Puede pensarse en múltiples situaciones en las que entran en juego derechos sociales y en las que, probablemente, queden afectados múltiples derechos fundamentales. Por ejemplo, las personas en mundos de subdesarrollo, la necesidad

¹⁹ VIDAL PRADO (2012): 100.

de un mínimo vital, la salubridad en relación con la vivienda digna, los derechos de proyección colectiva, como el derecho a un medioambiente adecuado, etc. Todas estas situaciones y otras, encuentran una fuerte proyección en valores de solidaridad, que es la que propicia y sirve de motor para la protección de los derechos y vertebrada la vinculación de los valores a la idea de dignidad.

2.2. La igualdad como valor para el impulso y la proyección del cambio

Como se ha adelantado, tradicionalmente, se ha mantenido una fuerte dicotomía entre igualdad formal e igualdad real, llegándose a argüir que eran realidades contrapuestas. No obstante, la doctrina española más extendida en la actualidad ha concluido que la igualdad real es un correctivo de la igualdad formal²⁰. En mi opinión, la igualdad material y la igualdad jurídica son, al menos, las caras de una misma moneda, o, más allá, una misma igualdad cuando concurre algún factor de discriminación proscrito en el artículo 14 CE o análogos²¹. No parece que puedan contemplarse dos igualdades, pues ello implicaría dejar sin efectividad la igualdad material y, desde luego, vaciar de contenido la llamada igualdad jurídica, quedando ésta sin virtualidad práctica, como un postulado que solo puede proclamarse pero no realizarse²². Y, sin embargo, resulta casi inimaginable pensar en una igualdad que puede proclamarse y no realizarse.

Por consiguiente, la interacción de los derechos fundamentales y los derechos sociales es precisa. En particular, en los casos en los que se trata de la socialidad de los derechos fundamentales, es decir, cuando la máxima proyección de los derechos fundamentales necesita de la intervención del Estado para su plena efectividad.

Ya se ha advertido de que los derechos son dúctiles, no responden bien a la compartimentación, en concreto, los constitucionalizados. El Estado social implica, como es sabido, la necesaria intervención de los poderes públicos para el efectivo ejercicio de los derechos pero la materialidad de los derechos no sólo es una exigencia del Estado social, sino también del Estado democrático. De este modo, los derechos sociales, que pueden considerarse un devenir de la materialidad de la igualdad pero también de su formulación liberal, son parte del principio democrático²³. A partir de ello, la libertad y la igualdad han de ir de la mano, no son categorías opuestas e, incluso, la libertad, como valor fuerte, deja de serlo sin igualdad. O dicho de otro modo, solo es posible defender y realizar una libertad igual.

Piénsese, en este sentido, en la evolución legislativa que ha propiciado la lucha por la igualdad de hombres y mujeres en base a este postulado. Por ejemplo, en concreto, el principio de presencia equilibrada. Éste supone una consecuencia de la

²⁰ Por todos, CARMONA CUENCA (1994).

²¹ BILBAO UBILLOS Y REY MARTÍNEZ (2003): 109.

²² RUIZ MIGUEL (1996): 135. Y MACÍAS JARA (2009): 67. En sentido contrario, LUCIANI (1995): 11 y 112.

²³ VILLAVERDE MENÉNDEZ (1997): 2 y ss.

materialidad de la igualdad y de la socialidad del Estado pero, sobre todo, se configura como una premisa del Estado democrático y, en consecuencia, una manifestación del pluralismo político y de la libertad, una libertad que resulta impracticable sin igualdad en términos de justicia. De hecho, sin igualdad queda desdibujada la libertad y el principio de presencia equilibrada se desvirtúa y, con él, de nuevo, el principio democrático.

La igualdad, se presenta, por lo tanto, como un imponente y trascendente punto de partida para propiciar el cambio hacia un pacto que amplíe la protección de los derechos y dote a la Constitución de la ductilidad necesaria para albergar el sistema de garantías suficiente que haga efectivos todos los derechos constitucionalizados.

3. La compleja exigibilidad de los derechos sociales

El principal problema que encierra la práctica de los derechos sociales es su exigibilidad. Por un lado, parecen tener una protección nula o limitada porque articular un derecho individual accionable ante los tribunales a obtener un derecho social parece complicado, pues en muchas ocasiones, la vulneración de estos derechos se produce con carácter colectivo, como sucede con el derecho a la salud. A nivel individual, es claro que cabe la acción judicial pertinente por la falta de prestación suficiente o por la falta de concordancia entre la aplicación de la norma y el cumplimiento de los requisitos del destinatario de la misma y sujeto activo de la reclamación. Si ello tiene, además, consecuencias restrictivas en alguno de los derechos fundamentales, la garantía está cubierta, incluso por el Tribunal Constitucional, como sucede cuando se conecta el derecho a la salud con el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica.

Por otro lado, los problemas sobre la exigibilidad de los derechos sociales se presentan porque la garantía y la exigibilidad del derecho, se confunde con la sola justiciabilidad. Pero, en mi opinión, la justiciabilidad es solo una parte de la garantía, por lo que el derecho es exigible en más y distintos planos, en especial, en aquellos derechos en los que la acción directa resulta más compleja de ejecutar, dada su virtualidad colectiva, por los problemas relacionados con la legitimación activa.

De nuevo subyace aquí la idea de que cuanto más alejada está la realidad del ideal más difícil resulta ponerlo en práctica mediante la subjetivación del derecho²⁴. Sin embargo, puede que, en realidad, lo insalvable sea empeñarse en garantizar los derechos sociales a partir del encaje jurídico-garante de los derechos fundamentales de defensa. No es claro que establecer un fundamento común indivisible y una misma esencia tenga como consecuencia tratar los derechos sociales como derechos fundamentales en cuanto a su protección pues, quizás, esto puede que únicamente consiga convertirlos en impracticables.

El problema reside en que la vía de garantizar derechos, los que sean, sólo contempla la técnica de los derechos subjetivos fundamentales pero es que esto es

²⁴ GARCÍA MANRIQUE (2010): 85.

más una quimera que una realidad, pues tampoco se pueden garantizar igual los derechos fundamentales de prestación o sociales fundamentales, como la educación, el trabajo, etc., que los de mera defensa. Por lo tanto, se reitera que la dificultad para dotar de máxima efectividad y tutela a los derechos está en el mecanismo de protección, porque para buscarla o se pretende hacer la cuadratura del círculo o ignorar el reclamo social, la existencia, la esencia y la eficacia de algunos derechos. No hace falta. La imposibilidad que ofrecen los textos constitucionales, no ha de llevar al conformismo de dejar desamparado el derecho en cuestión. Es necesario entender que los derechos sociales son esenciales y eficaces pero pueden protegerse de otro modo para su alcance.

Creo que lo que hay que hacer es buscar y articular mecanismos y herramientas de tutela desde la reconstrucción de la socialidad del Estado y la implicación de los poderes públicos pues, de lo contrario, están quedando derechos constitucionales completamente vacíos de contenido, sin proyección en valores y sin garantía.

Como se advierte, la dificultad de encajar la protección de los derechos sociales en lo establecido para los derechos subjetivos (de defensa) hace que se concluya su inexigibilidad. Sin embargo, si comparten una misma esencia, parece contradictorio que unos puedan exigirse y otros no. Para poder articularlo es necesario romper con la tradicional visión y entender que la efectividad de los derechos y, por ende, su garantía, no se queda en el contexto judicial, sino que pasa también por la mayor interacción de los poderes públicos, en particular, en la cooperación entre legislativo y ejecutivo que se traduce, a mi entender, en más humildad del legislador y mayor adecuación del ejecutivo a lo legislado.

Creo que los derechos sociales han de garantizarse, en primer lugar, desde la acción del legislador. Y ello ha de ser exigible, incluido el respeto a su contenido esencial. Parece deducirse del tenor del artículo 53.1 CE que la garantía del contenido esencial no alcanza a los derechos sociales. No obstante, creo que la disponibilidad del derecho por el legislador en virtud de los límites económico-financieros no conlleva la ausencia de contenido esencial, pues todos los derechos constitucionalizados participan de la condición de la Norma fundamental²⁵. Es esto lo que, por otro lado, le da la pauta a jueces y tribunales para realizar la interpretación pertinente, incluso, en último caso, al margen de la concreción del derecho por el legislador.

Es cierto que, en relación a la inactuación del legislador, el ordenamiento español no contempla expresamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión pero, ciertamente, el Tribunal Constitucional ha abierto una suerte de control de inconstitucionalidad por omisión de derechos prestacionales cuando su desarrollo está fuertemente vinculado con la satisfacción y eficacia de derechos fundamentales, tal y como sucede, por ejemplo, con la igualdad. En cualquier caso, lo que es claro es que en el conjunto de las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional se sitúa la capacidad de compeler al legislador a llevar a cabo los mandatos constitucionales. El Alto Tribunal así lo ha hecho en múltiples ocasiones. La pretensión de una prestación positiva o una actuación dirigida al legislador tiene su fundamento, por lo tanto, en la Constitución. Si se entiende que en la

²⁵ PRIETO SANCHÍS (1995): 50. Sobre el contenido indisponible para el legislador en relación al art. 41 CE se ha pronunciado nuestro TC en la STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ. 3 b).

configuración actual del Estado, no es posible oponer los derechos sociales y la igualdad a los derechos fundamentales y a la libertad, se justifica plenamente la necesidad de exigir la actuación del legislador, pues hay derechos de libertad que requieren de organización y estructura pública y hay derechos sociales que lo son o que encierran una acción de libertad²⁶.

En este sentido es que se considera que la exigibilidad va más allá de la justiciabilidad. Es decir, la garantía y la eficacia del derecho no sólo se traducen en una acción directa (e individual) ante los Tribunales, aunque, probablemente sea la más potente.

Como se ha dicho antes, los derechos sociales y los derechos fundamentales existen y comparten un mismo origen, un mismo Texto constitucional y en ese sentido, el calificativo social o fundamental no ha de connotar, de partida, un derecho protegible y otro desamparado, en cuanto, no accionable directamente ante los tribunales. En todo caso, podría marcar una distinta modalidad en la garantía porque los derechos sociales condicionados a la acción de los poderes públicos también suelen estarlo, como es sabido, a la cuestión económica-financiera y, en general, al reparto de los recursos.

En este sentido, creo imprescindible la creación de una suerte de triple eje de interacción entre el poder legislativo, en tanto productor de la norma; el poder ejecutivo, en tanto su ejecutor y el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete y garante de la Constitución. Los legisladores han de ser conscientes de la implicación económica que suponen las leyes que aprueban. Tan problemático es no hacer, cayendo en la inactuación permanente cuando hay derechos que exigen un revulsivo para su *vis* práctica, como que se elaboren cuerpos normativos con tan alto coste económico que no puedan materializarse²⁷. Ambas cuestiones han de poder ser estudiadas, desde mi punto de vista, bajo los mecanismos establecidos o articulando nuevas formulaciones, por el Tribunal Constitucional. Resulta particularmente relevante esta cuestión cuando, como enuncia ALEXY, de la regulación constitucional de los derechos fundamentales pueden comprenderse garantizados los derechos sociales fundamentales²⁸. O, a mi entender, cuando un derecho se compone de fundamentalidad y de socialidad. Puede pensarse en ambos planos en el derecho a la huelga o la libertad sindical y el derecho al trabajo, respectivamente²⁹. Incluso, podrían dibujarse derechos que necesitan para su formulación de la materialidad para cumplir las expectativas de su vertiente liberal, como creo que sucedería con la igualdad. Difícilmente, como se ha señalado, puede proclamarse una igualdad que no pueda ser efectiva, por lo que el contenido del artículo 14 CE es múltiple pero no al estilo del artículo 35 CE. Es decir, en el caso del derecho al trabajo, encontramos contenidos de libertad, como la de ejercer una profesión y contenidos de prestación, como el derecho a percibir una prestación en caso de desempleo, entre otros. Sin embargo, en el caso de la igualdad, en particular, cuando subyace una de las causas de discriminación proscritas en el

²⁶ VIDAL PRADO (2012): 121.

²⁷ Ello ha sido tratado por la doctrina italiana. Por todos, CARETTI, P., *Il diritti fondamentali. Libertà e Diritti social*, Giappichelli, Turín, 2ª ed. 2005, pp. 400 y ss.

²⁸ ALEXY (1997): 482 y ss.

²⁹ LAPORTA denomina a éstos "derechos racimo". LAPORTA SAN MIGUEL (2004): 300 – 301.

artículo 14 CE, la igualdad real es la misma igualdad jurídica³⁰ y, en este punto, la igualdad fundamental y la igualdad social coinciden, no pudiendo escindirse sin perder contenido esencial ni virtualidad. Por ello es que la socialidad y la fundamentalidad de los derechos, alcanza diversos espacios y planos poco aptos para la compartimentación.

Dicho esto, tampoco puede generarse una casuística desvariada, pues incidiría en el principio de seguridad jurídica. Habrá que pararse a determinar cuál es el contenido esencial y, en su caso, adicional de los derechos desde nuevos horizontes y qué garantías responden mejor a su efectividad.

Como se verá enseguida, la tensión entre el legislador y el Tribunal Constitucional es una cuestión harto compleja pero ha de articularse de alguna manera y creo que el órgano que en nuestro contexto debe mediar aunque, para ello, haya de cambiarse el prisma desde el que se acciona su actuación. Parece inadmisibles permitir que exista un área necesitada de regulación o reforma y de actuaciones importantes para la calidad y la evolución del Estado democrático y que el legislador permanezca inerte ante ella. Tampoco sirve de nada que el legislador norme sin límites sin hacer un estudio y una valoración económico-financiera, dejando en manos de otros, los ejecutivos autonómicos, por ejemplo, su plena configuración y realización. A mi juicio, esto está fuera de los cánones constitucionales porque resulta contrario a la igualdad y a la libertad y porque se hace depender, en exceso, de la sensibilidad y la voluntad del ejecutivo y del legislativo autonómico, generando auténticas situaciones injustificadas de desequilibrio socio-jurídico. El Estado ha de asegurar un mínimo indispensable en todo el territorio, al margen de la acción de mejora o de las particularidades existentes pero no resulta plausible legislar y, al tiempo, dejar hueca la norma porque el contenido mínimo queda, finalmente, a merced no ya de la gestión, sino de la decisión de aplicar o no recursos mínimos que dotan de efectividad mínima a los derechos, como ha sucedido en buena medida con la Ley de Dependencia. Es esto lo que hace que el derecho social pierda efectividad y no su propia definición como derecho o su categorización como derecho social. Creo, por lo tanto, que el control de la exigibilidad del derecho al legislador es necesario y forma parte de la garantía.

En todo caso, el hecho de que no se imponga a los poderes públicos el disfrute de los derechos sociales y que deban solicitarse, no es excusa para impedir su pleno ejercicio. Deben ser igualmente efectivos. Y, en este aspecto, la escasez o el reparto de los recursos económico-materiales, resulta indiferente o irrelevante para la eficacia de los derechos sociales. Tan solo puede afectar, como señala el PIDESC, a la progresividad de su cumplimiento.

Ahora bien, la indivisibilidad de los derechos en tanto fundamento único conlleva igual efectividad pero no necesariamente idénticas garantías, pues puede que las garantías con las que quedan satisfechos unos derechos no cumplan las expectativas de otros. Garantía judicial y justiciabilidad son una condición de eficacia, pero, según lo establecido, no la única.

³⁰ BILBAO UBILLOS Y REY MARTÍNEZ (2003): 109.

4. La justiciabilidad de los derechos sociales

Es sabido que el mero reconocimiento de derechos no tiene proyección si no está acompañado de un sistema de garantías. Ahora bien, parece que sólo se entiende por garantías las de carácter judicial que, en materia de derechos fundamentales, se traducen en control de constitucionalidad y en el control judicial ordinario. Sin embargo, poniendo en conexión el entramado jurídico-político, entran en juego otras muchas garantías de carácter institucional, administrativo, político, social o supranacional³¹.

En todo caso, parece que el mayor problema que nos encontramos para garantizar los derechos sociales es la tutela judicial pues, como se anticipó, la doctrina se ciñe al tenor literal del artículo 53.1 CE en interpretación conjunta con el artículo 53.3 CE, según la cual, han de ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, quedando excluidos del amparo constitucional. Pero ésta no es la única garantía para los derechos. De hecho, es una garantía extraordinaria y, en congruencia, todos los derechos, sociales o fundamentales accionables están protegidos por la vía ordinaria³². Únicamente resulta relevante la posibilidad de que el Tribunal Constitucional resuelva cuestiones que afecten a derechos fundamentales en tanto máximo intérprete de la Constitución española y su fuerza vinculante y, en especial, en cuanto al control de las leyes como límite al legislador.

Además, el Alto Tribunal ha otorgado cierta protección indirecta a los derechos sociales. Y ello lo ha hecho ampliando el contenido de determinados derechos sociales dotándoles de fundamentalidad o reconociendo una vertiente prestacional a derechos de defensa. Por ejemplo, recogiendo la jurisprudencia del TEDH, reconduciendo el derecho al medioambiente, en casos de contaminación acústica al derecho a la intimidad y a la integridad física y moral en conexión con la dignidad³³. También en supuestos en los que amplía extensiblemente el contenido del derecho a la integridad incluyendo parcelas de la protección de la salud en base a la doctrina del riesgo grave, relevante y ad casum³⁴. Asimismo, son conocidas las ampliaciones de la tutela constitucional cuando se interpretan derechos a la luz de la tutela judicial efectiva y en relación al principio de igualdad³⁵.

En otros casos, la garantía judicial de los derechos sociales termina en vía ordinaria pero ello no significa que queden menos garantizados, únicamente se dispone de una menor interpretación del Tribunal Constitucional sobre ellos.

³¹ ESCOBAR ROCA (2012): 653. Sobre un concepto amplio de garantía, PISARELLLO (2012): 741 y ss.

³² Sobre este particular, PRIETO SANCHÍS (1995): 44 – 45.

³³ Recuérdese el Caso López Ostra. STEDH de 9 de diciembre de 1994 (16798/90 [1994] ECHR 46). Y la STC 119/2001, de 24 de mayo.

³⁴ SSTC 62/2007 y 160/2007. En contra de esta doctrina, el voto particular de Rodríguez Zapata.

³⁵ Son numerosas las referencias jurisprudenciales al respecto. Valga a modo de ejemplo la STC 222/1992 en la que el TC protegió el derecho a la vivienda a través de la igualdad, declarando inconstitucional la Ley de arrendamientos urbanos al dejar fuera la subrogación del arrendamiento a la pareja no casada del arrendatario fallecido.

Pero como se advertía, la garantía para la efectividad no se agota en la vía judicial, sino que es importante extender el control de la efectividad a través de la actuación del legislador. Ésta cobra especial trascendencia en los derechos sociales como derechos de prestación que, reconocidos en el Texto constitucional, vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos en virtud del artículo 9.1 y han de accionar la actuación en positivo de los poderes públicos en cumplimiento de la igualdad y de la libertad, según el artículo 9.2 CE³⁶. Ambos, concreciones del Estado democrático y del Estado social.

De nuevo, volviendo a la actuación del legislador como parte de la efectividad y de la garantía de los derechos, a mi juicio, el legislador está obligado a actuar en virtud de un mandato genérico en cumplimiento del Estado social y democrático, en particular, en virtud del artículo 9 CE y, en concreto, en base a todos los mandatos expresos que le atribuyen la salvaguarda del derecho y su realización siendo los destinatarios de los preceptos contenidos en el Capítulo III del Título I CE. Su actuación es precisa en materia de derechos constitucionales, fundamentales o sociales, de manera que si existiera un derecho que estuviera desprotegido o vulnerado y el legislador no legisla para mejorar la situación y remover la violación del derecho en cuestión estaría, a su vez, conculcando el derecho en cuestión y los principios contenidos en el artículo 9 CE. Por consiguiente, la justiciabilidad, en cuanto exigibilidad de los derechos, alcanza al legislador. El margen de discrecionalidad del legislador no pasa por la permanente vulneración de derechos. Esto es, el legislador y, desde luego, el ejecutivo en la toma de decisiones de naturaleza política, van a poder escoger “el cómo” pero no así, “el qué”. Los derechos sociales existen para satisfacerlos y cumplir sus expectativas. He aquí la labor de promoción que figura como mandato constitucional a los poderes públicos pero también parte de su garantía. De manera que contra el incumplimiento, aunque sea parcial, de los derechos sociales, cabría la acción individual por falta de satisfacción y ejercicio pleno del derecho y, por ende, por no cubrir el mínimo constitucionalmente exigible que actúa, en sí misma, como una garantía. Si, además, la falta de cumplimiento para con el derecho social produce una vulneración de un derecho fundamental, su garantía comienza en el deber de legislar del legislador para evitar su perenne conculcación³⁷.

Normalmente, se trata de omisiones relativas³⁸. En este plano, nuestro Tribunal Constitucional ha llamado, en numerosas ocasiones, la atención del legislador si consideraba que la actuación de éste era inadecuada o insuficiente o, simplemente, sostenía una actitud pasiva. Se reconoce, así, una cierta “eficacia activa” encaminada no tanto a anular las decisiones tomadas por el legislador, cuestión más compleja de defender por la competencia que le corresponde sobre la adopción de políticas sociales y de desarrollo de la Constitución, sino para vincular al legislador a producir el derecho que haga reales y efectivas las expectativas constitucionales³⁹. Así, por ejemplo, en la STC 216/1991, sobre discriminación en el acceso de la mujer

³⁶ En este sentido GOMEZ PUENTE (1997): 22 – 23.

³⁷ Haciendo referencia a HÄBERLE, GÓMEZ PUENTE (1997): 44 y ss. Y ESCOBAR ROCA (2012) 701.

³⁸ ESCOBAR ROCA (2012): 702 y ss.

³⁹ Según señala CARMONA CUENCA (1992): 122 – 123. Igualmente, CARMONA CUENCA (2008): 15. Y GARRORENA MORALES (1984): 104 y del mismo autor, (2013): 53, donde se establece la posibilidad de efectuar “recomendaciones al legislador”.

al Ejército del Aire, el Tribunal Constitucional ha realizado una clara y rotunda, a mi entender, valoración sobre la actuación del legislador al expresar que “(...) en efecto, el legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora, ni proponerse plazo al menos aproximativo, en orden a aquella corrección”⁴⁰.

Claro, no estamos en presencia de un Estado neutro, esto es, objetivamente desarraigado del cumplimiento de actuaciones concretas. Es decir, los poderes públicos del Estado están obligados a asegurar, desde luego, la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y, por consiguiente, el total del contenido de la concreción de estos valores superiores en principios y reglas establecidos en el orden constitucional. La omisión del legislativo no es por lo tanto un “no hacer” en sentido neutro, sino un “no hacer aquello a lo que se estaba constitucionalmente obligado”⁴¹.

Por ello, es necesario que el Tribunal Constitucional aborde un papel relevante en la justiciabilidad y eficacia de los derechos en aras a comprobar si el deber del legislador para con cada derecho, pues no todos necesitan de la misma concreción, se ha satisfecho o no⁴².

Es sabida la argumentación que propone ALEXY en relación al riesgo de convertir al Tribunal Constitucional en un legislador invadiendo las competencias de éste. El autor expone que, en cierto modo, la libertad de normación del legislador y, en consecuencia, la decisión sobre el reparto de recursos financieros, se podría ver mermada por la injerencia que el Tribunal Constitucional haya de realizar en el ejercicio de la competencia, que le es propia, de intentar garantizar un derecho fundamental. Desde este punto de vista, parecería que el Tribunal Constitucional se ha excedido en sus actuaciones y ha sustituido la dedicación a las cuestiones justiciables por la adopción de decisiones en materia de política social.

Pero si se parte de la premisa de que los derechos no parten de una configuración idílica y abstracta, sino de un “llegar a ser”, es decir, de su realización como una exigencia concreta del Estado social y, también, del Estado democrático, la tensión que pueda surgir entre las competencias del legislador y del Tribunal Constitucional, a mi modo de ver, se suaviza.

En este sentido, el margen de discrecionalidad del legislador quedaría matizado en relación a la necesidad de intervenir en garantía de la premisa de Estado social que se desprende del contenido del artículo 9.2 CE⁴³. Dicho de otro modo, la pasividad del legislador no debería ser una de las opciones posibles a escoger dentro de su libertad normativa y de su capacidad de decisión. Si ello fuera así, creo que esta elección excedería, en un Estado social y democrático de Derecho, del margen de apreciación del legislador pasando a lindar el margen de arbitrariedad, no

⁴⁰ STC 216/1991 de 14 de noviembre, FJ 6.

⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO (1996): 4287.

⁴² ALEXY (1997): 421 y ss.

⁴³ En este sentido, la profesora CARMONA CUENCA establece que “el artículo 9.2 contiene una importantísima norma de desarrollo de la socialidad del Estado”. CARMONA CUENCA (1992): 113. Sobre el adjetivo “social” en relación al artículo 20 de la Constitución alemana que define la RFA como un “Estado social federal”, MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ (1976 – 1980): 303. Entre nosotros, PÉREZ ROYO (1984): 158.

permitido en nuestro ordenamiento constitucional⁴⁴. Así, en el marco de oportunidad y de discrecionalidad del legislador entraría la decisión - criticable o no desde la perspectiva política - de qué medida concreta y exacta va a tomar en esa situación específica pero no tanto la decisión misma de tomar la medida⁴⁵. Por ejemplo, en el contexto de la igualdad, el legislador, conocedor de la desigualdad social existente, vendría obligado a adoptar la decisión, fuera cual fuere, de eliminarla con el fin de, primero, no contribuir a la vulneración de un derecho fundamental y, segundo, preservar el postulado intervencionista del Estado social como garantía esencial para la salvaguarda y la efectividad de los derechos⁴⁶. Sobre este particular, es interesante traer a colación el voto particular formulado por el Magistrado Rubio Llorente a la STC 103/1983, de 22 de noviembre, al afirmar que “la desigualdad no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla”. Es una premisa extensible a cualquier derecho, pues parece obvio que la realización de los derechos como finalidad y máxima garantía, exige la actuación de los poderes públicos y no su ignorancia.

La omisión del legislador, en este extremo, representa no ya o no sólo el incumplimiento de un deber, sino la vulneración de un derecho. En este caso, la intervención del Tribunal Constitucional no sólo es conveniente, sino imprescindible para el restablecimiento del derecho (social) fundamental vulnerado⁴⁷. De este modo, el Alto Tribunal no sólo no se extralimita en su cometido, sino que realiza exactamente lo propio de su competencia: salvaguardar la Constitución y garantizar un derecho constitucional. Considero que es en este punto donde se acaba la legalidad y comienza la constitucionalidad y, en consecuencia, la legitimidad del Tribunal Constitucional para analizar y valorar la actuación del legislador⁴⁸. Así, pues, el Tribunal Constitucional no sólo podrá declarar inconstitucional un acto del legislador que sea discriminatorio directa o indirectamente o que perpetúe una desigualdad fáctica⁴⁹. Además, podrá compeler al legislador para que actúe

⁴⁴ MONTILLA MARTOS (1997): 439. Según afirma acertadamente el autor, “un acto del legislador puede resultar arbitrario cuando es desigualitario”.

⁴⁵ Según apunta JIMÉNEZ CAMPO, en seguimiento de la doctrina italiana, “las opciones del legislador quedan vinculadas a la consecución del fin constitucional”. JIMÉNEZ CAMPO (1983): 101.

⁴⁶ El Tribunal Constitucional ha establecido que el mandato constitucional del artículo 9.2 CE no sólo justifica un tratamiento diferenciado, sino que exige una regulación formalmente desigual en relación con la definición teórica del Estado como social. Véanse las SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 5; 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3 y 128/1987 de 16 de junio, FJ 7, entre otras muchas. Y en general, sobre el Estado social puede consultarse, entre otros muchos, HELLER (1985); LUCAS VERDÚ (1955); GARRORENA MORALES (1984) y más reciente, CARMONA CUENCA (2000).

⁴⁷ En sentido contrario, desde la perspectiva de la función integradora del artículo 9.2 CE y su aplicación por el legislador, ALONSO GARCÍA entiende que “un Tribunal empeñado en integrar se convierte irremediabilmente en legislador”. ALONSO GARCÍA (1983): 78 – 82.

⁴⁸ *Idem*, 83.

⁴⁹ MONTILLA MARTOS (1997): 439. El autor apunta adecuadamente que “el Tribunal Constitucional puede controlar el cumplimiento o incumplimiento del artículo 9.2 CE bien justificando la actuación normativa tendente a la igualdad real o bien limitando al legislador a esa actuación de que un acto del legislador que clamorosamente la contradiga o una omisión normativa en ese sentido podría dar lugar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional”. De hecho, en la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10 el Alto Tribunal afirma que “El acto del legislativo que se revela arbitrario (...), engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación - que ésta concierne al artículo 14 -, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley”.

censurando la omisión o la inactividad de éste y enmendando así su actuación negativa o pasiva.

Posteriormente, quedaría en el margen de discrecionalidad del legislador o, en general, del poder público de que se trate, valorar qué medida, plan, práctica, acto o norma puntual cumple mejor, es decir, desde la máxima eficacia, con la pretensión que encierra el derecho de que se trate en el lugar y tiempo concreto. Mantener esta cuestión en el ámbito de decisión del legislador permitiría dejar el argumento de la injerencia en la capacidad del legislador sobre la conformación del orden social y del reparto de los recursos económicos y fondos financieros fuera del campo de los derechos fundamentales. Aún así, es probable que el hecho de que se censure la actuación o inactuación del legislador y de que se le advierta sobre el tiempo del que dispone para actuar o para hacerlo correctamente también incida en el reparto de recursos en coherencia con la esencia del Estado social. Pero ya, en este punto, entre los bienes ponderables en juego, no me parece acorde al sistema de garantías establecido constitucionalmente que el reparto de recursos pueda impedir de forma absoluta el cese en la vulneración de un derecho⁵⁰.

Es indudable que el Tribunal Constitucional no va a señalar al legislador la medida concreta a adoptar, en cuyo supuesto, estaría rozando la competencia de oportunidad política y de gestión de los recursos propia de éste. Y también es indiscutible que el reparto de recursos financieros condiciona el tipo exacto de medida a adoptar en el margen de las políticas de actuación. Ahora bien, todo ello no debería excluir la eficacia de un derecho haciendo impracticable su ejercicio y, si lo hace, el Tribunal Constitucional y demás órganos jurisdiccionales han de, al menos, poder advertirlo y, en la medida de las previsiones y mecanismos que se articulen y habiliten, remediarlo.

Todos los operadores jurídicos realizan una tarea interpretativa. El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución española, pero no el único⁵¹. Al triple eje que se ha mencionado, debe acompañarle la intervención de los jueces y tribunales que son los que tienen la función principal de garantizar los derechos y de hacer cumplir la legalidad, por lo que también realizan un control sobre la actuación de los poderes públicos. Por consiguiente, el control de exigibilidad puede y ha de hacerse por los jueces y tribunales ordinarios, quienes calibran, en virtud de las garantías jurídicas y los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad y de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE, si la opción escogida por ellos para satisfacer el derecho en cuestión es la más idónea en base a un juicio de razonabilidad y de proporcionalidad⁵². Y, asimismo, si la medida traspasa los límites constitucionales establecidos o, por el contrario, no establece tan siquiera el contenido mínimo esencial e indispensable para el cumplimiento de los mandatos constitucionales y la máxima proyección y garantía de los derechos.

⁵⁰ ALEXY establece que “El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo (...)”. ALEXY (1997): 412.

⁵¹ PECES BARBA (1984): 15. STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4.

⁵² En este sentido, HERREROS LÓPEZ (2011): 87.

Se entiende que la preservación de la separación de poderes no es incompatible con los mecanismos de control entre ellos. Por ello, parece que, además, unas de las fórmulas más interesantes pasan por incentivar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie a través de la cuestión de inconstitucionalidad, que no queda limitada en objeto por el contenido del artículo 53 CE⁵³.

Así, pues, el Alto Tribunal ha empleado algunas técnicas para salvar las distancias que ofrece nuestro Texto constitucional en relación a la máxima garantía de algunos de los derechos sociales. Aunque, es este sentido la evolución es muy lenta, es suficiente para, al menos, plantearse la posibilidad de articular nuevos mecanismos de control al legislador que no necesariamente interfieran en su decisión política sobre la medida concreta a emplear en la adecuación de los medios y, sin embargo, hagan mejor, no sólo la tutela judicial, sino la garantía, entendida como máxima exigibilidad, de los todos los derechos constitucionalmente reconocidos.

5. Algunas conclusiones

El cambio estructural que refleja la situación actual obliga a replantearse la protección social en el marco de una solidaridad integral. Ello hace necesario el sello de un nuevo pacto social que tenga a los derechos sociales como horizonte normativo y a las desigualdades y restricciones presupuestarias como limitaciones que es necesario reconocer y enfrentar. Se requiere conciliar los imperativos éticos que sirven de marco a un contrato centrado en derechos sociales, con las restricciones financieras. Es necesario apostar por la máxima eficiencia en el uso de los recursos para que puedan dirigirse a un mayor número de beneficiarios, sin que ello merme la calidad de los servicios.

Se trata de crear puentes entre los derechos sociales y los criterios de política destinados a reforzar su exigibilidad en términos de solidaridad para un mayor acceso y mejor financiación. Pero también, se ha de partir de la necesaria intervención del legislador para dar cobertura legal y un marco normativo que atienda al principio de seguridad jurídica. El legislador debe generar normativa que, a su vez, sea realizable desde la disponibilidad ejecutiva de los recursos para la óptima realización de los derechos sociales.

Es doctrina conocida la que afirma que los derechos sociales no son, en puridad, derechos, pues no disfrutan de las garantías de amparo judicial o constitucional. Ciertamente, lo que define un Estado, como el español, como Estado de Derecho, entre otras cosas, implica no sólo un reconocimiento de un elenco de derechos, sino un sistema de garantías efectivas para su protección. Pero también estamos en un Estado social, por lo que el artículo 9.2 CE, que también constituye una garantía

⁵³ Se señalan diversas maneras de abordar el problema desde las sentencias en ESCOBAR ROCA (2012): 705 y ss.

para la efectividad de los derechos, representa el marco necesario para proteger los derechos sociales desde la necesaria actuación de los poderes públicos.

No siempre es necesario, siquiera útil, inventar derechos, sino realizar una labor adaptativa que, conforme a la lógica de los tiempos, conduzca a la máxima eficacia de todos los derechos constitucionalizados, pues el contenido de la Constitución no es inerte. Por el contrario, la Norma suprema ha de permitir cierto grado de ductilidad que la permita remover las categorías que no funcionan porque están permitiendo desproteger, en la práctica, los derechos y articular herramientas para su mayor eficacia y garantía.

Para ello, es preciso abordar un cambio de prisma y dejar de observar los derechos desde una única dimensión liberal para comenzar a verlos como derechos de necesaria protección efectiva. Las categorías, en este momento, ya no son útiles. Quizás, sirven para explicar la evolución del estado de cosas pero no siempre dan respuesta práctica a los problemas. Por ello, hace falta realizar un ejercicio de inclusión de los instrumentos y recursos públicos, materiales y personales, para el cumplimiento de los derechos, fundamentales y sociales. El calificativo ciertamente responde a su diversa configuración, en función del derecho ante el que se esté pero no a su quintaesencia de todos ellos, conectada con la dignidad, lo que les dota de plena eficacia. La efectividad, pues, no sólo trata de políticas públicas, sino de valores y de derechos humanos, como la igualdad y su proyección en la solidaridad, con lo que resulta inminente encontrar, en el equilibrio normativo y la disposición de recursos, la clave para la plena proyección de los derechos sociales.

De este modo, establecer que se está ante un derecho social configurado bajo el paraguas de la libertad o ante otro que está absolutamente condicionado a la acción de los poderes públicos para llevarlo a la práctica, creo que no ha de incidir en el mantenimiento de una clasificación por la que unos derechos hayan de quedar protegidos y otros no. Quizás, la diferencia resida en la manera de garantizar el derecho pero no afecta, por lo tanto, a su esencia, pues no olvidemos que todos ellos provienen de la DUDH y, además, son derechos constitucionalizados, elevados a rango constitucional, contenidos en una norma fundamental y, en este punto, fuente, pauta, origen y fin, objetivo y meta, principios y valores inspiradores del ordenamiento y de la actuación de sus agentes.

En un Estado social y democrático de Derecho no puede dejar de garantizarse la necesaria vertiente social de la igualdad sin que pueda quedar desprotegido el derecho fundamental a la misma y a los valores y derechos subyacentes. Es imprescindible desterrar la dicotomía heredada del Estado liberal de igualdad formal/igualdad real. Incluso, más allá de la visión de la igualdad como dos caras de la misma moneda, en realidad, en un Estado social, el derecho que se ha de proteger en último término es el de la igualdad efectiva, pues no sirve de nada proclamar una igualdad que no pueda realizarse. El artículo 14 CE, pues, contiene, además de la conocida igualdad jurídica, la materialidad de la igualdad y debe contenerla y recoger, al tiempo, el contenido sustancial del artículo 9.2 CE, pues el desdoblamiento de la igualdad en la existencia de ambos preceptos responde al énfasis del constituyente sobre el destinatario de sus respectivos contenidos y no, así, a la articulación de dos igualdades, una bajo el privilegio de ser garantizada y otra, aneja a la socialidad de Estado, desprotegida. El artículo 9.2 CE tiene como

destinatarios a los poderes públicos pero eso no significa que el 14 CE no pueda abordar la realización de la igualdad. El derecho a la igualdad es un derecho fundamental, sin cuya proyección social y efectiva queda vacío de contenido.

Por lo tanto, la exigencia de la efectividad a los poderes públicos y, también, al legislador es un objetivo del Estado social pero también, del Estado democrático. En relación con la igualdad, el legislador está obligado a no discriminar en la norma pero también a no consentir que existan normas que, directa o indirectamente, permitan seguir discriminando, lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley. Ello afecta directamente a la proyección social de los derechos.

El problema, en particular, en tiempos de crisis, reside en el mencionado equilibrio entre la acción del legislador y la escasez de recursos, pues se trata de derechos cuya virtualidad práctica dependen de la economía y la financiación. En este sentido, se vacía igual de contenido al derecho sobre el que el legislador ha normado pero sobre el cual, no se emplean recursos, como cuando es inexistente la labor del legislador para racionalizarlos. La falta de previsión en la garantía constitucional nos hace acudir a la tutela multinivel y, en particular, al Derecho Internacional para la protección de los derechos sociales, a través de la Carta social europea, la DUDH, el PIDESC y la Observación nº 9 del Comité DESC y Protocolo Facultativo que advierte de la necesidad de que los derechos sociales han de tener garantías jurisdiccionales suficientes. Y, quizás, también otras garantías institucionales.

De la misma manera, únicamente aquí a modo de apunte, se señala cuan interesante es observar cómo algunos de los Estatutos de Autonomía reformados tratan de dotar de mayor contenido y protección a nuevos valores y derechos sociales incluyendo importantes premisas de desarrollo social, como la perspectiva de género.

Desde luego, se considera que lo primordial es el cambio de paradigma, los derechos sociales son exigibles y justiciables porque fijan los límites mínimos que debe cubrir el Estado en materia económica y social para garantizar el funcionamiento de sociedades justas y para legitimar su propia existencia. Estos derechos, por lo tanto, deben condicionar las políticas públicas, pues no son meros derechos programáticos, sino que son derechos exigibles judicialmente, tanto como lo son los civiles y políticos. Además, todos los derechos humanos son integrales e interdependientes, pues no hay verdadero goce de los unos sin la protección adecuada de todos y, en consecuencia, no se pueden considerar unos en desamparo de otros, sino a todos y cada uno de ellos como un conjunto integrador para la salvaguarda de la dignidad humana.

Es necesario observar el principio de igualdad desde la perspectiva de su realización para llegar a la solidaridad como parámetro para el futuro y la efectividad de la previsión social y de los derechos sociales.

Ello lleva a hacerse ciertas reflexiones en torno a la mejora de la calidad de la democracia y a la exigencia de solidaridad vinculada a la realización de la igualdad. Una democracia sostenible que albergue la ilusión de un nuevo pacto social implica

un derecho a la protección social jurídica y constitucionalmente garantizable. Desde este ángulo, la actuación de los poderes públicos no sólo se plasma en políticas de promoción, en el mejor de los casos, en las que el único factor que interviene es la elección basada en los recursos y el haz posible de medidas a adoptar, sino que, asimismo, la actuación del legislador ha de hacerse exigible para la realización de los derechos tanto en la previsión de las carencias como en la garantía y la seguridad de las expectativas, en aras de la efectividad del propio Estado social y democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, E. “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española” en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. Y OTROS, *Derecho Político español según la Constitución de 1978. I. Constitución y fuentes del Derecho*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- ARISTÓTELES, *Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- BILBAO UBILLOS, J. M. Y REY MARTÍNEZ, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL SÁNCHEZ, M., (Comp.) *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- CARETTI, P., *Il diritti fondamentali. Libertà e Diritti social*, Giappichelli, Turín, 2ª ed. 2005.
- CARMONA CUENCA, E., “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 76, 1992.
- CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, separata núm. 84, 1994.
- CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
- CARMONA CUENCA, Encarnación R.. “¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?”. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura. Congreso de los Diputados, Vol. 2, 2008.
- ESCOBAR ROCA, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2006.
- ESCOBAR ROCA, G., “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, julio – diciembre, 2012.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en IGLESIAS PRADA, A. L., (Coord.) *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Cívitas, Madrid, 1996.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999, Madrid.
- GARCÍA MANRIQUE, R., “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, *Revista Derechos y Libertades*, Núm. 23, Época II, junio 2010.
- GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático*

de Derecho, Tecnos, Madrid, 1984.

GARRORENA MORALES, A., *Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, 2013.

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GROS ESPIEL, H., *Estudios sobre derechos humanos*, Cívitas, Madrid, 1988.

GUASTINI, R. “Derechos”, en *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.

HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

JIMÉNEZ CAMPO J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador” en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.

JUAN MANUEL HERREROS LÓPEZ, “La justiciabilidad de los derechos sociales”, *Lex Social, Revista de los Derechos sociales*, núm. 1/2011, julio-diciembre 2011.

LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en BETEGÓN, J., (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

LUCAS VERDÚ, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955

LUCIANI, M., “Sui diritti social”, en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, CEDAM, Padua, 1995.

MACÍAS JARA, M., *La Democracia paritaria en España*, Universidad de Córdoba, 2009.

MACÍAS JARA, M., “El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres”, en *Los símbolos religiosos en el espacio público*, VV. AA., Miguel Revenga Sánchez, Gerardo Ruiz-Rico y Juan José Ruiz Ruiz (Dir.). Cuadernos y debate 218, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, München, 1976 – 1980.

MONTILLA MARTOS, J. A., “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1997.

OCHOA RUIZ, Natalia “Derecho Internacional de los derechos humanos” (Tema 28) Huygens, Ed. en AAVV. *Derecho Internacional Público*. 2010 2ª ed.

PECES BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ ROYO, J., “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril, 1984, pág. 158.

PISARELLO, G., “Garantías” (EPÍGRAFE 6), en ESCOBAR ROCA, Guillermo (Dir.) *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, septiembre – diciembre, 1995.

RUIZ MIGUEL, A., “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *DOXA* núm. 19, Alicante, 1996.

VIDAL PRADO, C., “Panorama de derecho comparado. Italia”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (Dir.) *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.