

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO II – NÚMERO II

EFETIVIDADE DO DIREITO

Lisboa
Editorial Juruá
2016

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO II, Nº II, 1º SEM. 2016

JURUÁ
EDITORIAL

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00002.00

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Aline Fagundes dos Santos

Aloisio Krohling

Ana Clara Montenegro Fonseca

Antônio Carlos Efig

Dirce Nazaré de Andrade Ferreira

Fernando Rister de Sousa Lima

Fernando Sérgio Tenório de Amorim

Francisca Ramón Fernández

Gabriel Huberman Tyles

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblem

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Herleide Herculano Delgado

Isaac Sabbá Guimarães

J. Eduardo López Ahumada

João Jacinto Anê Andorfato

José Marcelo Ferreira Costa

Juliana Melo Tsuruda

Karina Nogueira Vasconcelos

Luciano do Nascimento Silva

Lucinéia Rosa dos Santos

Marco Antonio Marques da Silva

Miguel Horvath Júnior

Murilo Euler Catuzo

Nuria Belloso Martín

Ricardo Vieira de Souza

Roberta Soares da Silva

Rolando Pavó Acosta

Tatsiana Ushakova

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LOS DERECHOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS: SU PROGRESIVIDAD Y SU EXIGIBILIDAD COMO RETOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

SOCIAL RIGHTS IN TIMES OF CRISIS: ITS PROGRESSIVENESS AND MANDATORY AS STATE CONSTITUTIONAL CHALLENGES

*Nuria Belloso Martín*¹

Resumen: Los efectos de la crisis económica de la última década han provocado que los gobiernos de algunos países europeos hayan llevado a cabo un drástico recorte del gasto público de manera que ha incidido directamente en un recorte de los derechos sociales. Dados los rasgos que caracterizan a los derechos sociales (sus diferencias respecto de los derechos civiles y políticos, su carácter prestacional), en este trabajo, se analizará si los derechos sociales pueden exigirse ante los tribunales (si son “justiciables”). Desde el Derecho Internacional de los derechos humanos se han configurado los principios de “no regresividad” y el “principio de progresividad” de los derechos. Se estudiará la incidencia de estos dos principios en los derechos sociales, prestando especial atención al contexto español y a la jurisprudencia internacional.

¹ Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Especialista en Mediación Civil y Mercantil. Directora del Departamento de Derecho Público. Coordinadora del *Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios*. Directora de Curso de Especialista en Mediación Familiar. Directora del Curso de Especialista Universitario en Mediación Civil y Mercantil. Miembro de la Junta de PDI. Coordinadora del Programa Erasmus con la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Catania (Italia) y con la Universidade Lusíada (Portugal). Directora de Relaciones Internacionales y Cooperación del Núcleo de Pesquisa “Minga. Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social”. Investigadora invitada del Centro de Estudios Sociológicos de la Universidad de Coimbra (CES).

Palabras llave: Derechos sociales, exigibilidad, regresividad, progresividad, crisis económica.

Abstract: The effects of the economic crisis of the last decade have prompted the governments of some European countries have just taken a drastic cut in public spending so that has incido directly on a cut of social rights. Given the features that characterize social rights (their differences over civil and political rights, prestacional character) in this paper, we analyze whether social rights may be required in court (if they are “justiciable”). From the international law of human rights have set the principles of “non-regression” and the “principle of progressivity” of rights. The incidence of these two principles on social rights will be studied, with particular attention to the Spanish context and international jurisprudence.

Keywords: Social rights, enforceability, regressive, progressive, economic crisis.

INTRODUCCIÓN

La crisis económica ha azotado con especial virulencia a algunos países europeos (Grecia, Irlanda). En el caso español, también ha adquirido tintes de gravedad. Las consecuencias han sido reducción del crédito, caída drástica de los ingresos de la Seguridad Social y caída del consumo. El Gobierno, a lo largo de estos últimos ocho años, ha aprobado una treintena de Decretos Leyes con el fin primordial de frenar el déficit público y reducir los gastos con el fin de contribuir a la consecución de la estabilidad presupuestaria derivada del marco constitucional y europeo (dictado por Bruselas),² además de flexibilizar y liberalizar determinados mercados. La reducción del gasto público se ha hecho a costa de reducir servicios públicos, lo que ha provocado un déficit social y ha golpeado directamente a los derechos sociales³. Se han llevado a cabo recortes en los sistemas de seguridad social,

² El Gobierno se escuda en las exigencias impuestas en El Pacto de la Estabilidad y de Crecimiento como acuerdo de los Estados miembros de la Unión Europea en relación con su política fiscal, cuyo objetivo básico es facilitar y mantener la Unión Económica y Monetaria de la Unión Europea.

³ Se percibe la afectación de varios derechos constitucionalmente reconocidos como son los arts. 27 (educación), 31 (contribución al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad), 35 (derecho al trabajo) todos ellos del Título I, Capítulo 2º, Sección 1ª y los arts. 41 (régimen público de Seguridad Social), 43 (derecho a la protección de la salud), 44 (derecho a la cultura), 45 (medio ambiente), 47 (vivienda) y 50 (sistema de pensiones adecuado), contemplados en el Título I, Capítulo III.

‘flexibilización’ de derechos laborales y grandes reducciones de las partidas de gasto social (como en el sistema de salud, ayudas a dependencia).

Como subraya Soto Lostal:

[...] lo que se quiere resaltar en este sentido es la legitimidad en la reducción o afectación de los llamados derechos sociales, su aplicación con carácter retroactivo o regresivo y su posible exigencia ante los Tribunales de justicia, no sin antes dejar constancia de que lo que realmente se cuestiona no es la necesidad de reordenar el gasto público o las prestaciones sociales, que quizás fuese necesaria, sino que hayan tenido que ser éstos precisamente los ámbitos a los que se ha “responsabilizado” indirectamente de la crisis, al ser los principales

afectados en las medidas adoptadas sin que aquellos realmente responsables del endeudamiento público y privado que ocasionaron la crisis se hayan visto afectados por dichas medidas ni se les haya exigido ningún tipo de responsabilidad. Esa impunidad o inmunidad es la que en términos de justicia puede resultar inadmisibles y poner en cuestionamiento los pilares del Estado de Derecho. El rigor y la contundencia exigida y aplicada al ciudadano de a pie es, sin embargo, percibida como nula o simplemente inexistente en las altas esferas políticas, económicas y financieras en las que desde el principio de los tiempos unos se respaldan a otros dentro de distintos círculos de poder,

dando lugar a un agravio comparativo de difícil por no decir imposible sostenibilidad. (SOTO LOSTAL, 2013, p. 54)

El Gobierno español se encuentra ante el dilema de cumplir con los compromisos adquiridos con la Unión Europea – EU – y, simultáneamente, con otros convenios internacionales suscritos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), cuyo respeto es tan necesario como el de los aprobados en el marco de la UE. Además, es la propia UE la que ha establecido una Carta de Derechos Fundamentales (2000) y una Carta de Derechos Sociales (1961) que también se deben respetar exactamente igual que los referidos al déficit y la deuda pública.

La crisis económica ha acabado desembocando en una crisis de derechos sociales. De una evolución natural hacia la progresividad en la consecución de derechos sociales estamos asistiendo a una regresividad de los derechos sociales. Tal situación hace que desde la teoría de los derechos humanos se haga necesario realizar un análisis de la vulneración del principio de progresividad. Por ello, en este trabajo analizaremos dos cuestiones como son, en primer lugar, si se puede acudir a los tribunales para solicitar la protección de esos derechos sociales, o, dicho de otra manera, si es posible la exigibilidad judicial esgrimiendo la violación de derechos sociales. Y, en segundo lugar, si puede admitirse la regresividad de los derechos sociales. El análisis no lo vamos a circunscribir exclusivamente al ordenamiento jurídico español sino que las reflexiones que hagamos se inscriben en la teoría general de los derechos humanos, por tanto, susceptibles de aplicarse tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el sistema Interamericano de derechos.

1 UNA DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Las dificultades que han acompañado a los derechos sociales, tanto en su concepto como en su titularidad y fundamentación, han sido numerosas. Cabe destacar la advertencia de Ferrajoli con respecto a que la clásica división de los poderes del siglo XVIII, que se remonta a Montesquieu, resulta actualmente inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas.

Como acertadamente ha recordado Ferrajoli, al defender la “esfera de lo indecible”, es necesario repensar y rediseñar la estructura de la “esfera pública y, específicamente, la separación de poderes”.

En el uso clásico del modelo de Montesquieu la división se refería a tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial; en el modelo de Locke se refería simplemente a dos poderes, el legislativo y el ejecutivo. Se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucionales

incomparablemente más simples que los de las actuales democracias constitucionales: en ese entonces las funciones del Estado eran poco más que la función penal y el mantenimiento del orden público al interior y la defensa militar al exterior. Respecto a estos arreglos la función principal de la división de poderes era la de diferenciar a los poderes del Estado, de tal manera que uno fuera el freno y el límite del otro; en particular, se trataba de garantizar la separación e

independencia del poder monárquico de otra forma absoluto, de la función legislativa y de la función judicial.

Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo, dado que ha permitido garantizar la primacía del parlamento y la independencia del poder judicial; pero también en negativo, dado que todas las funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social –la educación, la asistencia sanitaria, la seguridad social–, al no ser caracterizables como funciones legislativas o judiciales, han sido concebidas y se han desarrollado, al menos en la experiencia de la Europa continental, al interior del poder ejecutivo, o sea de la función de gobierno, situándose detrás de la etiqueta omnicompreensiva de la “administración pública”. (FERRAJOLI, 2008, p. 340)

En particular, Ferrajoli, en la línea garantista que sustenta, subraya que:

gran parte de las funciones administrativas que se desarrollan con la construcción del Estado social no son de hecho funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, al igual que sucede con la función judicial, consiste en la aplicación de sus presupuestos legales y requiere no dependencia y control, sino por el contrario independencia de las funciones de gobierno, es decir del poder ejecutivo dentro del que se han desarrollado fuera de todo diseño constitucional.

Los derechos sociales presentan claras diferencias con los derechos civiles y con los derechos políticos. De ahí que para fundamentarlos, haya opiniones controvertidas sobre dos aspectos concretos. El primero es el relativo a la titularidad de los derechos sociales: ¿son derechos individuales o derechos colectivos? Generalmente se formulan los derechos sociales teniendo en cuenta las condiciones materiales de su existencia, como los trabajadores, personas mayores, menores, personas con discapacidad, la familia, etc. Sin embargo, el titular del derecho sigue siendo la persona individual que forma parte de esos grupos o colectivos. El segundo aspecto es si se trata de derechos prestacionales. Es decir, ¿el individuo tiene frente al Estado el derecho de recibir algo? Se alega que los derechos civiles y políticos generan obligaciones negativas o de no hacer para los poderes públicos (por ejemplo, no violar la correspondencia), mientras que los derechos sociales generan obligaciones positivas o de hacer, es decir, prestaciones.

Los derechos sociales son más bien expectativas para cuya realización es necesaria una acción de dar o hacer, es decir, una acción positiva por parte del Estado.

Sin embargo, hay que recordar que todos los derechos fundamentales son derechos prestacionales también en algún sentido. También los derechos civiles y políticos requieren que se destinen unas partidas presupuestarias para hacerlos efectivos: el ejercicio del derecho de sufragio reclama una organización institucional y una infraestructura estatal. Como ha destacado el citado Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia, de 2010, una de las objeciones más frecuentes al reconocimiento de los DESC y a la posibilidad de avanzar hacia su exigibilidad judicial radica en la creencia conforme a la cual los derechos civiles y políticos generan por su estructura únicamente deberes negativos o de abstención (no hacer) mientras que se considera que los derechos sociales conllevan obligaciones positivas (hacer) lo que implica que requieran de recursos públicos para que sea posible su prestación y su garantía (Informe, 2010, p. 12).

El citado Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia, de 2010, subraya que “Esta noción de los derechos sociales se acompaña de una objeción de orden económico para su reconocimiento y eficacia, en virtud de la cual la exigibilidad, e incluso la propia juridicidad de este tipo de derechos, dependerían de la disponibilidad de recursos por parte del Estado” (Informe, 2010, p. 12). Sin embargo, como bien han clarificado autores como Víctor Abramovich, Christian Curtis (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, p. 28) Gerardo Pisarello (PISARELLO, 2003, p. 23-53) y Rodrigo Uprimny (UPRIMNY, 2001, p. 145-183), los derechos civiles y políticos no sólo implican deberes de abstención, sino también obligaciones positivas, y así mismo, los derechos sociales generan a cargo del Estado obligaciones tanto positivas como negativas.

Los derechos sociales encuentran obstáculos para su traducción jurídica, tales como: i) su carácter relativo y variable, es decir, su estrecha dependencia de una previa estructura económica y del grado de desarrollo de un país. Dicho de otra manera, los derechos sociales son caros; ii) su indeterminación interna, es decir, el carácter genérico, vago, ambiguo y programático de los enunciados jurídicos que los reconocen. Esa indeterminación se agrava por el hecho de que su formulación jurídica es escueta y las leyes de su desarrollo dependen en gran medida de las vicisitudes económicas, políticas y sociales; iii) c) su problemática

“justiciabilidad”, es decir, la dificultad de articular la exigencia de respeto y garantía de los DESC bien sea ante un tribunal de justicia en un caso concreto, o de impugnar ante un tribunal Decretos o leyes que los reduzcan, o activar mecanismos de inconstitucionalidad. En definitiva, la exigibilidad jurídica de los DESC.

El discurso liberal niega el carácter de auténticos derechos a los derechos sociales -y limita su reconocimiento al carácter de principios o programas políticos que dependen de las posibilidades económicas del Estado, como si se tratara de “buenas obras” que cada gobierno de turno puede –o no- realizar. La razón estriba en que estos derechos no son jurídicamente defendibles, que no cuentan con las garantías jurídicas precisas. Mientras que el Estado liberal es un Estado abstencionista, pasivo y neutro, que deja que sean las fuerzas del mercado las que determinen la marcha y el progreso de la sociedad y el estatuto de los ciudadanos, el Estado social es un Estado intervencionista, redistribuidor, activo, que debe dirigir y reorientar los flujos del mercado.

En junio del año 2013 se conmemoró el 20 aniversario de la *Conferencia mundial de Viena sobre los Derechos Humanos* en la que 171 Estados afirmaron, en su Declaración y Programa de Acción, que todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, son universales e interdependientes y que la comunidad internacional debe tratar los mismos de manera justa, equitativa y en pie de igualdad. Sin embargo, veintidós años después de este histórico documento, en el contexto de una de las peores crisis económicas conocidas, la intensidad con que se están conculcando los derechos sociales (sentido amplio), tanto a escala nacional como internacional está provocando en unos actitudes de impotencia y resignación, en otros, indignación y, en otros ciudadanos, de cinismo e incluso cuestionamiento de su validez por parte de algunas autoridades interesadas.

Las dificultades económicas de un país no deben de eximir a los poderes públicos de cumplir sus obligaciones de derechos humanos ni les da derecho a priorizar otras cuestiones antes que la realización de los derechos humanos (CALVO, 20013, p. 120 ss). Se alega que la falta de recursos hace de imposible cumplimiento sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, precisamente en un momento de crisis, los Estados deben demostrar que están considerando de forma exhaustiva todas las posibilidades y haciendo todo lo posible, dentro de los límites de los recursos disponibles, para lograr la plena efectividad de los derechos sociales.

2 LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde el ámbito internacional, la protección de los derechos humanos se ha ido consolidando progresivamente, tanto a nivel supranacional como a nivel regional. Cabe diferenciar dos ámbitos principales.

El primero, es el del reconocimiento y la protección de los derechos sociales en el ámbito de la ONU. Desde sus inicios, la Carta fundacional de Naciones Unidas, la Carta de San Francisco, aprobada el 26 de junio de 1945, incorporó varias disposiciones relativas a los derechos humanos⁴. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones (Comité DESC), en su interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (PIDESC), ha desarrollado cuáles son las obligaciones estatales en materia de derechos sociales (MENDIOLA, 2009, p. 1).

El Comité de Derechos económicos, Sociales y Culturales⁵ ha subrayado que los Estados tienen la obligación básica de garantizar la satisfacción de los niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Incluso en épocas de crisis como la que estamos ahora viviendo, el Estado debe conceder prioridad a la satisfacción de esos niveles mínimos.

⁴ El objetivo de Naciones Unidas debería ser el de “*contribuir a reducir la distancia que separa la alta retórica, que se utiliza en los salones de la organización para hablar de derechos humanos, de las crudas realidades que pueden encontrarse sobre el terreno*”. (Ex-alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louis Arbour)

⁵ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No está previsto en el Pacto, sino que fue creado por la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para el desempeño de las funciones recogidas en la parte IV del Pacto. El CDESC está formado por 18 expertos independientes elegidos por un período de cuatro años. Se reúne en periodos de sesiones, normalmente dos al año, que tienen lugar en Ginebra. Los Estados están obligados a informar periódicamente al CDESC sobre la aplicación del Pacto. Sobre la base de la información aportada, el Comité destaca los aspectos positivos y negativos y formula una serie de recomendaciones: sus respuestas a cada Estado toman la forma de observaciones finales. Por otro lado, el Comité emite observaciones generales, que contienen su interpretación sobre cuestiones relacionadas con el Pacto.

De forma general estos compromisos pueden resumirse en: la prohibición de discriminación en el reconocimiento y aplicación de los derechos sociales; la obligación de que el Estado adopte todas las medidas a su alcance, y hasta el máximo de los recursos disponibles, para avanzar progresivamente hacia la plena realización de estos derechos (artículo 2.1 PIDESC); Como sostiene Valiño, “el Estado está asimismo obligado a satisfacer por lo menos el contenido mínimo de cada derecho, y a abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas (prohibición de regresividad), salvo cuando pueda demostrar que éstas se han aplicado tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles, y que están debidamente justificadas considerado el conjunto de los derechos reconocidos en el PIDESC”⁶ (VALIÑO, 2009, p. 7-8).

El segundo ámbito es el europeo. El sistema europeo para la protección de los derechos humanos, en el ámbito del Consejo de Europa, es el sistema regional más antiguo y el que mayor grado de evolución y de perfección ha alcanzado. El sistema se instauró en 1950, con la aprobación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, instrumento destinado a la protección de los derechos civiles y políticos. Los derechos de carácter socioeconómico se establecieron más tarde, en 1961, cuando se promulgó la *Carta Social Europea* (GÓMEZ ISA, 2006).

Como subraya Gómez Isa, “el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha instaurado el sistema de control y de supervisión de los derechos humanos más evolucionado que existe hasta la actualidad, con un órgano de naturaleza jurisdiccional, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* con sede en Estrasburgo, como auténtico árbitro del sistema”. Hasta 1998 existían básicamente dos órganos de control, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal, pero tras la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio en noviembre de 1998, que prevé la

⁶ En el ámbito de Naciones Unidas, por ejemplo, la imposibilidad de redactar un único Pacto Internacional de Derechos Humanos, con iguales garantías para todos los derechos se debió al enfrentamiento entre el bloque soviético y el occidental. El acuerdo de mínimos al que se llegó fue la redacción de dos pactos – el de derechos civiles y políticos (PIDCP) y el de derechos sociales (PIDESC) – con mecanismos de garantía distintos. El PIDESC a diferencia de lo que ocurre en el PIDCP no prevé la posibilidad de presentar quejas contra los Estados por vulneración de DESC. Ante esta situación, cabe identificar cómo vías de exigibilidad de los DESC en Naciones Unidas los órganos de tratado, es decir, los comités de Naciones Unidas encargados de velar por el cumplimiento de los pactos internacionales, y las Relatorías especiales. Sin embargo, se reivindica que los DESC adquieran una protección internacional que permita perseguir la vulneración de derechos sociales y el resarcimiento de las víctimas.

supresión de la Comisión como filtro de las demandas, el procedimiento se ha judicializado, de manera que, a partir de entonces, todas las demandas se plantean directamente ante el Tribunal (GÓMEZ ISA, 2006).

Por su parte, la Carta Social Europea establece los principales derechos de carácter económico y social. Una de las grandes diferencias entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta, es que esta última no establece un sistema judicial de control del cumplimiento por parte de los Estados de sus principales disposiciones. La Carta Social Europea recoge los derechos de la segunda generación más relevantes, tales como el derecho: al trabajo (art. 1), a organizarse para la defensa de intereses económicos y sociales (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), la seguridad social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), la protección social, jurídica y económica de la familia (art. 16), y la protección y asistencia por parte de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19) (GÓMEZ ISA, 2006).

Sin embargo, no basta con reunir un elenco amplio de derechos. El sistema de protección de los derechos sociales es muy débil, ya a pesar de esta regulación de los derechos sociales el único sistema de protección que se ha establecido es un sistema de *informes* que tienen que presentar los Estados sobre cómo están llevando a cabo las disposiciones de la Carta. Una vez realizado el examen de cada informe por un Comité de Expertos independientes, éste envía sus conclusiones al Comité Social del Consejo de Europa, quien las revisa y presenta sus propias conclusiones ante la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Este Comité será finalmente quien formula las recomendaciones a cada Estado Parte. Nos adherimos a la opinión de Gómez Isa cuando destaca que se trata de “un mecanismo sumamente débil, con un grado mínimo de control y presión sobre los Estados en cuanto a los derechos económicos y sociales”. Por ello, desde hace varios años se viene reclamando la aprobación de un Protocolo Facultativo sobre derechos económicos y sociales al Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la finalidad de equiparar esos derechos con los civiles y políticos en cuanto a sus mecanismos de control, de manera que también se posibilite una cierta judicialización de aquéllos. A pesar de ello, estas voces no han sido escuchadas y siguen existiendo grandes diferencias entre ambos tipos de derechos.

Por último, siguiendo en el ámbito europeo, conviene hacer referencia al ámbito de la Unión Europea, donde la plasmación de los derechos sociales ha sido muy débil. La inclusión de los derechos sociales en los Tratados que han dado origen y que continúan delineando

el rumbo de la Unión Europea, desde los tratados fundacionales hasta el Tratado de Lisboa, ha quedado subordinada al interés de los lobbies económicos (VALIÑO, 2009, p. 9). Para ello, basta comprobar el contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF) aprobada en el año 2000 por el Consejo Europeo celebrado en Niza, aunque sin valor vinculante, e incorporada al Tratado de Lisboa. En la misma se contemplan diversos derechos sociales recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales derivados a su vez de distintos valores, tales como el valor de la libertad: educación y libertad profesional y derecho a trabajar; valor de la igualdad: igualdad ante la ley, no discriminación diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores, integración de las personas discapacitadas; valor de la solidaridad: protección de la salud, defensa del medio ambiente y de los consumidores; y, por último, valor de la Justicia: asistencia jurídica gratuita.

La Carta contiene un título IV dedicado a la ‘Solidaridad’ que es, además, una de las partes más amplias del texto y que dedica 12 artículos al tema social, incluyendo: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación y de acción colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido injustificado, el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y vida profesional, la seguridad social y ayuda social, la protección de la salud o el acceso a los servicios de interés económico general, entre otros. Gran parte de los derechos incluidos en el título relativo a la ‘Solidaridad’ hacen referencia a las ‘legislaciones y prácticas nacionales’ (por ejemplo, en los casos del artículo 30 sobre la protección por despido injustificado o del 34, sobre la seguridad y asistencia sociales). “Ello se debe a que los Estados miembros difieren en lo que a la implementación y protección constitucional de los derechos sociales se refiere. Como se ha hecho notar antes, algunos otorgan a estos derechos naturaleza” (GORDILLO PÉREZ, 2014, p. 49).

La mayoría de estos derechos sociales no generan una vinculación para los poderes públicos mayor a la que han venido generando en las Constituciones estatales o en las declaraciones internacionales. “El hecho de que los derechos sociales se hayan incluido en la Carta junto con los derechos civiles y políticos, sin aparentes distinciones jurídicas entre ellos, no implica que unos y otros posean la

misma vinculación jurídica”. Mientras que los derechos civiles y políticos poseen eficacia directa, sin necesidad de leyes de desarrollo, los derechos sociales de prestación sólo serían justiciables en el marco de un desarrollo legal. Así, por ejemplo no se habla de derecho a la vivienda sino de derecho a una ayuda en materia de vivienda, o donde no se reconoce el derecho al trabajo sino a trabajar (HERREROS LÓPEZ, 2005, p. 101).

Por último, a nivel de las Constituciones del ámbito europeo, y tras realizar un análisis de las disposiciones sociales de los respectivos textos constitucionales, Cascajo Castro concluye que existen tres modelos de integración de los derechos sociales en los ordenamientos constitucionales nacionales. Así, en primer lugar, el modelo más liberal (Reino Unido y Austria, principalmente) renunciaría a la inclusión explícita de los derechos sociales en sus textos constitucionales. Sin embargo, en estos países, esa actitud a priori negativa para con estos derechos se ve compensada por una legislación ordinaria muy protectora (especialmente en Austria). El modelo que cabría denominar sud-europeo (Grecia, España y Portugal) optaría, por el contrario, por una integración global de los derechos sociales en sus Constituciones. Sin embargo, a pesar de los enunciados constitucionales (“Toda persona tiene derecho a...” que “daría la impresión de que estamos ante verdaderos derechos subjetivos, en muchos casos éstos no pueden ser exigidos realmente más que en un número limitado de casos (excluyendo, además, el recurso de amparo, en el caso español)”. Serían, finalmente, obligaciones dirigidas al Estado para que adopte medidas que permitan una posterior reivindicación de dichos derechos con base en la legislación ordinaria. Otros países (Países escandinavos y en menor medida Alemania) combinan ambas tendencias dando lugar a un modelo moderado, pero la clave en estos países consiste en el amplio consenso social y político de la necesidad de una protección social en el seno de una economía de mercado (GORDILLO PÉREZ, 2014, p. 34-56).

Como subraya Gordillo Pérez, la tensión entre las políticas de austeridad (que no queda claro si son ajustes temporales o permanentes) y el ideal de la ‘Europa social’ no es solamente una cuestión política que pueda ser manejada independientemente por cada Estado, sino que reviste importantes implicaciones jurídicas derivadas de la integración europea, en tanto que las normas y actos que violen derechos sociales pueden ser recurridas no solo ante los tribunales nacionales, sino ante el TJUE e incluso alguna otra instancia internacional. Así, desde los inicios de la crisis económica, se han planteado una serie de recursos contra medidas de austeridad en distintos Estados europeos. A pesar de las diferencias

entre los ordenamientos y las competencias de los tribunales, se pone de manifiesto que el elemento común es el dar respuesta a la compatibilidad de las medidas de austeridad con los principios propios del Estado social (GORDILLO PÉREZ, 2014).

Gordillo subraya que, entre los tribunales nacionales más activos en este ámbito cabe destacar al Tribunal Constitucional de Portugal. Así, en 2012, la alta instancia portuguesa estableció que la suspensión de la paga extra de los funcionarios y pensionistas (medida que era parte de unas fuertes medidas de austeridad) era inconstitucional porque violaba el derecho a la igualdad, dado que sólo algunas categorías de personas quedaban afectadas por esta medida y se podrían haber adoptado medidas más equitativas que podrían haber conseguido los mismos resultados financieros. En 2013, el mismo tribunal concluyó que una serie de medidas presupuestarias (incluyendo reducciones salariales en el sector público o la imposición de un impuesto general de solidaridad) eran incompatibles con los principios de igualdad y proporcionalidad y una serie de derechos sociales incluidos en la Constitución (GORDILLO, 2014).

Los tribunales españoles, a través de las cuestiones prejudiciales, han encontrado la manera de proteger al consumidor (de hipotecas) ante cláusulas abusivas⁷. Aunque algo más alejado de las políticas de austeridad, el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia sobre el caso *Hartz IV* conectó la dignidad humana con el derecho a percibir unas prestaciones que garanticen una mínima subsistencia⁸. Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo ha mostrado su disposición a controlar si la normativa nacional en materia de desahucios respeta las garantías procesales de los individuos y familias, especialmente en los casos de viviendas de protección oficial (JIMENA QUESADA, 2011)⁹.

3 LA EXIGIBILIDAD (LA “JUSTICIABILIDAD”) DE LOS DERECHOS SOCIALES

“La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la

⁷ Asunto C-415/11, *Aziz v. Catalunyacaixa*, Sentencia del TJUE 14 marzo 2013.

⁸ BVerfGE 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09 (*Hartz IV*), Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 febrero 2010.

⁹ Asunto *McCann v United Kingdom*, recurso 19009/04, Sentencia del TEDH 13 mayo 2008.

discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos” (ABRAMOVICH, 3). Las garantías de los derechos sociales siguen siendo objeto de discusión. A diferencia de los derechos civiles y políticos, que en los textos constitucionales gozan de un sistema de protección claro y amplio, los derechos sociales parecen estar dependiendo de la capacidad presupuestaria del gobierno de turno, con un sistema de garantías más endeble.

En este sentido, Carpizo, recordando a Ferrajoli, subraya que el paradigma garantista de la “democracia constitucional” es actualmente un “paradigma embrionario, que debe y puede extenderse en una dirección triple: i) para garantizar tanto los derechos de libertad como los sociales; ii) frente a todos los poderes, tanto los públicos como los privados, y iii) tanto en el nivel de derecho interno como en el internacional. Esta es la *tendencia* en nuestros días”. Y esa tendencia a garantizar los derechos sociales se ha fortalecido en las últimas dos o tres décadas en dos vertientes que Carpizo señala como claves, como son el papel activo de los tribunales y Cortes constitucionales, por una parte y, por otra, el Derecho Internacional de los derechos humanos, en su vertiente social (CARPIZO, 2012, p. 1).

Y Carpizo continúa apuntando que “Los jueces constitucionales deben cumplir un papel vertebral en la educación política de las sociedades actuales y en la realización de las capacidades de todos”. Y ello porque cada vez más los países aceptan la jurisdicción constitucional y crean instrumentos procesales —garantías— para una mejor protección de los derechos humanos, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales, “al incorporar los principios de subsidiaridad y conexidad entre ellos, e incluso la protección procesal directa de los segundos” (CARPIZO, 2012, p. 1).

Los derechos sociales pueden exigirse a través de diversos mecanismos, que Carpizo clasifica en:

*a) administrativos y jurisdiccionales; en ocasiones, ante la resolución de órganos o autoridades administrativas, la ley prevé la existencia de recursos de esta naturaleza; b) jurisdiccionales, judiciales y cuasi-judiciales; en esta última categoría se encuentran las **recomendaciones** y acciones de órganos como los **ombudsman** o, a nivel internacional, de los organismos especializados de la ONU; c) de exigibilidad directa, o indirecta o por conexidad; o sea, en estos últimos, se alcanza la protección a través de la defensa de otros derechos humanos con los cuales se encuentran estrechamente relacionados, y*

la violación de uno implica la del otro; d) de exigencia inmediata o progresiva; en esta última se incluye el principio de no regresividad; una vez reconocido y hecho valer un derecho no hay marcha atrás, no es admisible ningún retroceso; e) de carácter nacional o internacional, y f) de naturaleza jurídica o social; en este último aspecto se halla tanto el activismo individual como las acciones de la sociedad organizada, en especial las de las ONG, tanto las de carácter nacional como las internacionales.

Lo que actualmente se plantea es la exigibilidad de los DESC (también denominada como “justiciabilidad”) y qué medidas se pueden adoptar en casos de violación de esos derechos, (VICENTE GIMÉNEZ, 2006) incluida la exigibilidad judicial de la violación de derechos sociales. La justiciabilidad puede ser directa o indirecta. La justiciabilidad directa de los derechos sociales puede concretarse mediante la inconstitucionalidad por omisión y las acciones colectivas, entre otras¹⁰. La justiciabilidad indirecta se puede plasmar en la realización de los derechos sociales constitucionales bien sea a través del principio de igualdad (derechos de los extranjeros, no discriminación), a través de las normas del debido proceso y la tutela judicial efectiva, o mediante de los derechos civiles y políticos (derecho a la salud a través del derecho a la vida y a la integridad física, derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado a través del derecho a la propiedad).

Entre estas diversas posibilidades, vamos a destacar dos: La primera es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cf. art. 2.2 del PIDESC), que de hecho constituye centralmente una obligación negativa para el Estado. En este ámbito, Abramovich y Courtis apuntan

La violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda

¹⁰ Esta justiciabilidad no es una cuestión pacífica ya que conlleva una vinculación con el carácter colectivo de muchas reclamaciones vinculadas con los DESC, la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, o bien la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente.

alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basado en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulta discriminatoria. (ABRAMOVICH y COURTIS, 2000, p. 37-42)

En estas situaciones resultan viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, como puedan ser las acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamación de daños y perjuicios.

La segunda situación es la de las omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas en el sentido de la protección, aseguramiento y promoción de los derechos. Con respecto a estas omisiones, Abramovich, que formula varias líneas de trabajo para proteger los derechos sociales y tornarlos más eficaces, formula varias objeciones tales como:

el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública; el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general; la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia la personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio; el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados o bien para dictar la reglamentación omitida: i) Si la violación afecta a una grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de derechos o intereses individuales homogéneos, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública; ii) b) Aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos. (ABRAMOVICH, 2005)

En relación al Estado español, el Título I de la Constitución Española del 78 (CE) comprende un amplio catálogo de derechos sociales a los cuales se añaden otros preceptos como la subordinación de la riqueza al interés general (art. 128), el límite de la función social del derecho de propiedad (art. 33), etc. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos sociales en el Capítulo III como “principios rectores de la política económica y social” que a diferencia del resto de derechos “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen” (art. 53.3) ha motivado que la interpretación mayoritaria dificulte una protección igualitaria de todos los derechos. Otra lectura, orientada a mejorar las condiciones de transformación social, resultaría además acorde con los principios constitucionales de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) y de interpretación de los derechos de conformidad con los tratados internacionales (art. 10.2 CE) (CASCAJO CASTRO, 2008; PISARELLO, 2007).

En el caso español, entendemos que los DESC son derechos que serán recurribles ante la jurisdicción ordinaria *ex lege* pero también consideramos que lo serán *ex constitutione* a pesar de que la Ley que los desarrolle no prevea su defensa ante los Tribunales ordinarios de justicia. Tendríamos por tanto, que un ciudadano afectado por las medidas gubernamentales en sus derechos sociales estaría legitimado a acudir a los Tribunales no solo de manera individual, sino también colectiva justificando intereses colectivos afectados por las medidas gubernamentales¹¹.

Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen al objetivo de hacer justiciables los derechos sociales: “las nuevas

¹¹ Los derechos mencionados afectados se configuran como “principios rectores de la política económica y social” y no como derechos fundamentales, salvo en lo atinente a los artículos 31 y 35 CE. Por tanto, la violación de dichos principios solamente sería impugnabile inicialmente ante el Tribunal Constitucional, a través del correspondiente recurso de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes mencionados. Sin embargo, el art. 53.3 CE dispone que “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen*”. Por tanto, y aun sabiendo que es discutible, entendemos que los derechos sociales sí son impugnables tanto ante los tribunales ordinarios como ante el TC.

Así, el art. 7 LOPJ dispone que “*los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción*”.

perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de plantear acciones de inconstitucionalidad, “el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, los mandatos de *segurança* y de *injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos”, etc. (ABRAMOVICH y COURTIS, 15).

La adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos sociales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre, en primer lugar, nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales; en segundo lugar, la expandida consideración de los DESC como derechos; en tercer lugar, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana; en cuarto lugar, una propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos. Por último, si estos derechos sociales no fueran justiciables, estaríamos ante una paradoja: ¿cómo negar la condición de auténticos derechos a aquellos que han sido válidamente reconocidos (positivados) en textos constitucionales? Y al mismo tiempo, ¿cómo se pueden considerar derechos positivos enunciados normativos que no son justiciables?

En el ámbito latinoamericano, la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha hecho una interpretación de los DESC que permite considerarlos “justiciables” (TORRES ZÚÑIGA, 2015). Nash apunta que “Esta reciente tendencia jurisprudencial se encontraría en la misma línea que la desarrollada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La justiciabilidad de los DESC se puede apreciar en distintos razonamientos que los tribunales latinoamericanos, con competencia constitucional, han utilizado”, tales como: dotar de exigibilidad y contenido normativo a estos derechos; plantear su justiciabilidad a través de la conectividad entre los DESC y derechos civiles y políticos para hacer exigibles los primeros; reconocer el principio de progresividad al que estarían sujetos estos derechos, y establecer acciones concretas o políticas públicas que debe adoptar el Estado en esta materia. Estas formas de justiciabilidad de los derechos con fuerte contenido prestacional permite a los Estados cumplir con sus compromisos internacionales y resultan indispensable para darles efectividad normativa en tanto derechos humanos (NASH, 2001).

Por tanto, ante el interrogante de si se pueden hacer valer ante los tribunales los derechos económicos, sociales y culturales habría que responder afirmativamente. Los fallos de los tribunales de numerosos

países de todas las regiones del mundo que se refieren a los DESC ponen de manifiesto que tales derechos pueden hacerse valer judicialmente¹².

Llegados a este punto, cabría preguntarse qué fundamentos, argumentos o criterios podrían esgrimirse para justificar la interposición del recurso correspondiente y su oportuna valoración judicial. Podrían citarse argumentos tanto de carácter jurídico como de carácter ético. Vamos a destacar los más relevantes (SOTO LOSTAL, 2013, p. 60-66):

- 1) *Principio de necesidad*: se trataría de discernir si el sacrificio o vulneración de un derecho social se hace imprescindible. Cabría en este caso preguntarse si existen alternativas antes que proceder a la supresión o recorte de los citados derechos.
- 2) *Principio de suficiencia financiera*: supone plantearse si existe dotación presupuestaria suficiente para costear las políticas sociales a las que se pretende hacer frente. Indudablemente el principio anterior condicionará dicha suficiencia ya que las intenciones del Gobierno tienen su plasmación económica inmediata en los presupuestos generales. En el caso de que aquél no incluyese partidas destinadas a determinados gastos sociales, debería ser el propio Gobierno el que motivase suficientemente el hecho de que una política social determinada es excesivamente gravosa e inasumible.

¹² En Latinoamérica destacamos algunas sentencias, a modo de ejemplo: Argentina: *Asociación Benghaleñis y otros con Ministerio de Salud* (2000): Corte Suprema de Justicia de Argentina, A 186 XXXIV, 1º junio 2000 (acción de amparo), en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp; Chile: *Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios* (2009): Corte Suprema de Chile 26 noviembre 2009 (apelación recurso de protección), Rol 8513-2009, en <http://www.poderjudicial.cl/>; Perú: *Máximo Medardo Mass López, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa* (2007), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, STC 04223-2006-AA, 02 junio 2007 (acción de amparo), en <http://www.tc.gob.pe/>; Costa Rica: *Agüero Hernández Ligia contra directora del Centro Educativo Nuestra Señora de Desamparados* (2003), Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, 05316-2003, 20 junio 2003 (acción de amparo), en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>; Colombia: *Juan Pablo Escobar contra Secretaría de Salud* (1999), Corte Constitucional de Colombia, T-840-99, 26 octubre 1999 (acción de tutela), en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>; Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Baldeón García Vs. Perú* (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 abril 2006, serie C 147, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>; *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú* (2009), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 julio 2009, serie C 198, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

- 3) *Principio de razonabilidad*: En este punto lo que se trata de dilucidar es si la medida o política concreta que supone una reducción o supresión de un derecho social tiene un carácter adecuado, idóneo o apropiado con el fin que se pretende conseguir.
- 4) *Especial vulnerabilidad del colectivo afectado, en consideración de su tamaño, influencia y recursos*. Habría que analizar en este caso si ha existido un abuso de poder, aprovechando posiciones dominantes, la ignorancia del colectivo al que se dirigen las medidas, la falta de transparencia e información previa de las actividades del organismo que adopta las medidas, etc. (como en la emisión de “acciones preferentes de algunas entidades bancarias” que han resultado ser una estafa para los clientes).
- 5) *Urgencia e irreversibilidad del daño que se pueda producir con las medidas adoptadas*.
- 6) *Compromisos o programas electorales, actos propios, políticas públicas asumidas o información previa distribuida como compromiso político por parte de las autoridades públicas. Principios de prohibición de Regresividad e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales*. Es necesario concienciar sobre el hecho de que los compromisos políticos deben ser vinculantes y cuyo incumplimiento debe reportar consecuencias no solo políticas sino también jurídicas.
- 7) *Protección por parte de Tratados y Convenios Internacionales válidamente suscritos por España*. Así se deriva de lo exigido en el art. 10 CE o el art. 39.4 CE en cuanto que estos Tratados son también fuentes del derecho español con supremacía jerárquica dentro de dicho sistema por lo que estimamos que sería hasta cierto punto de dudosa legalidad una norma nacional que vulnerase o supusiera una violación flagrante de los citados Tratados internacionales.
- 8) *Principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos o afectación por conexión a derechos civiles y políticos y/o sociales “fuertes”, así como el interés general, el orden público o la paz social exigidos como límite para los derechos fundamentales*.

- 9) *Respeto al principio de no discriminación y servicio integral o universal* en relación con la posible falta de prestación privada del servicio por falta de interés económico o comercial o por prestación atendiendo únicamente a premisas económicas.

Aquí puede verse también afectado el principio de igualdad y, con él, la proporcionalidad. Las medidas a adoptar para paliar la deuda deberán ser también proporcionadas a los fines que se desean conseguir. Habrá, por tanto, que realizar una tarea de ponderación entre los beneficios que se desean obtener y los perjuicios causados sin que pueda producirse la exigencia de sacrificios desproporcionados. Así lo expresa la Sentencia 352/2012, de 5 de julio del Tribunal Constitucional portugués respecto a la impugnación de un grupo de Diputados de la Asamblea de la República contra los arts. 21 y 25 de la Ley 64-B/2011, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 por la que se reducían las pagas extraordinarias (a la que ya hemos aludido) (AÑÓN ROIG, 2016, p. 57-90).

A pesar de que defendamos la posibilidad de exigibilidad judicial de la violación de derechos sociales, hay que reconocer que no ha sido una cuestión pacífica y se ha cuestionado tradicionalmente por diferentes razones.

En primer lugar, hay quienes consideran que los derechos económicos, sociales y culturales están demasiado “vagamente definidos”, es decir, que falta una definición concreta de los DESC para permitir que los jueces justifiquen sus fallos acerca de si se ha producido o no una violación. “Los pronunciamientos judiciales sobre tales derechos requieren de los tribunales determinar en qué consiste, por ejemplo, una vivienda adecuada o un salario justo. Sin embargo, los jueces siempre han resuelto adecuadamente las cuestiones de lo que constituye tortura, un juicio justo o una injerencia arbitraria o ilícita en la intimidad”. Resulta claro que corresponde al Poder Judicial colmar las lagunas existentes en la legislación “no solamente en relación con los derechos humanos, sino también en cualquier esfera del derecho”. (Folleto 33, 38).

En segundo lugar, la posible falta de legitimidad democrática del Poder judicial para controlar leyes aprobadas por los representantes del pueblo junto a su posible incompetencia técnica en relación especialmente con decisiones presupuestarias.

El logro de la efectividad de los DESC depende en gran medida de las políticas de los gobiernos. Sin embargo, la revisión de las políticas de los gobiernos en esa esfera, al igual que en cualquier otra, a fin de garantizar que se ajusten a los principios constitucionales y a las obligaciones del Derecho Internacional de los derechos humanos es claramente una función de la judicatura. Si bien el papel de la judicatura en relación con la revisión judicial de la política de los gobiernos puede variar de un país a otro, la revisión de las políticas no significa formular políticas. Así pues, la judicatura no se extralimita en su función constitucional cuando adopta decisiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales. (Folleto 33, 39)

En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, algunos autores se han cuestionado si es posible que un tribunal evalúe la realización progresiva de los DESC, es decir, la falta de mecanismos adecuados para su tutela judicial. La supervisión de la realización progresiva puede hacerse mediante varios mecanismos, incluidos los tribunales". Si no se toma en consideración las necesidades de los más vulnerables en el marco, por ejemplo, de la política de la vivienda, revelaría que esa política no puede considerarse razonable (Folleto 33, 39).

A estos obstáculos podrían añadirse otros tales como la falta de mecanismos adecuados para la ejecución de sentencias o las dificultades en una exigencia efectiva de responsabilidad a los dirigentes políticos; la defensa de que los derechos sociales no son auténticos derechos subjetivos y responden a fines colectivos; la relación de tensión entre los derechos sociales y los derechos civiles; el hecho de que los derechos sociales dependen de la disponibilidad económica; la discrecionalidad del legislador en la regulación de los derechos sociales; o bien, inexistencia de mecanismos de garantía y problemas de técnica jurídica.

Como destaca la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos:

La protección judicial de los derechos humanos es esencial para hacer viable su eficacia. La existencia de un derecho sin un mecanismo para exigirlo plantea la cuestión de si se trata realmente de un derecho. Eso no significa que la protección judicial sea el único o el mejor medio de proteger los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, la protección judicial tiene claramente la función de hacer que se comprendan mejor tales derechos, ya que ofrece recursos en casos de violaciones manifiestas y permite adoptar decisiones en causas que sientan un precedente y que pueden dar

lugar a cambios institucionales sistemáticos a fin de evitar futuras violaciones de los derechos.

4 LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y DE LOS DERECHOS SOCIALES

Junto a la posibilidad de reclamar ante los tribunales la violación de los derechos sociales, surge el interrogante de si, además, cabe defender la irretroactividad de los derechos sociales, lo que supondría que si se produce una regresividad, se estaría vulnerando tanto el sistema internacional de derechos humanos como el propio texto constitucional.

Hay que partir de qué se entiende por “regresividad”, explicar si se trata de normas que retroceden el nivel de protección de un derecho social (CALVO CHAVES, 2011, p. 63-81)¹³. La prohibición de regresividad implica la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo (SARLET, 2009).

Las restricciones de los derechos fundamentales, incluso de los derechos sociales no han de ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, y por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionadas a los fines que se procura alcanzar con ellas (ABRAMOVICH y CURTIS, 2002, p. 97). Una ley regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta. Es decir, se produce una inversión de la carga probatoria. Cuando se crea una distinción en función de alguno de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora. Esta presunción de ilegitimidad de la medida ha sido sostenida en sede internacional a partir de una reiterada y tradicional jurisprudencia de numerosos tribunales

¹³ Así, en Colombia, “una medida es regresiva en los siguientes casos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho”.

Europeos. En materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica *in dubio pro justitia socialis*.

También hay que precisar qué se entiende por el principio de “progresividad”:

El principio de progresividad hace referencia a: (i) al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales, económicos y culturales; (ii) que no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos;

y (iii) que implica la presunción de inconstitucionalidad de las decisiones de las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales de retroceder frente a determinado nivel de protección alcanzado, (iv) decisiones que resultan ajustadas a la Constitución Política, cuando las autoridades demuestran que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. (CALVO CHAVES, 2011, p. 80)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la progresividad:

El principio de progresividad es inherente en todos los instrumentos que se refieren a derechos humanos a medida que se elaboran y amplían, que con frecuencia incluyen disposiciones que expresa o tácitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos, hace que la obligación del estado de observar y defender los derechos humanos implica una puesta en vigor de esos derechos y un deber del Estado de implementarlos, sea cual sea, el nivel de desarrollo de un Estado¹⁴.

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 26.

Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Sentencia de 9 de octubre de 1979, Serie A, n. 32, para.26.9.

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce, en su artículo 2.1, el principio de progresividad.

Artículo 2.1.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La obligación de realizar progresivamente los derechos consagrados en el Pacto no se limita a la consecución de los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos. Así se recoge en el propio Pacto, en el párrafo 1 del artículo 11, cuando establece el derecho a un nivel de vida adecuado “y a la mejora continua de las condiciones de vida”, que pone de manifiesto la obligación de alcanzar de forma progresiva los elementos necesarios para una vida digna, como la salud, la alimentación o vivienda.

De estas normas internacionales se puede deducir que existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos, lo que a su vez deriva en la prohibición de regresividad de los DESC.

Se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual ‘está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales’ y, la otra, a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del

retorno, o también llamado principio de no regresividad. (TOLEDO TORIBIO, 2)

Esa obligación de progresividad conlleva dos exigencias: En primer lugar, la progresividad implica un reconocimiento de la necesidad de un esfuerzo prolongado por parte de los Estados, para alcanzar la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el Pacto. En otras palabras, se admiten las dificultades para alcanzar la realización de los DESC en un período de tiempo breve¹⁵. En segundo lugar, el Comité DESC ha recordado que la obligación de no regresividad subsiste incluso en tiempos de contracción económica.

El Comité de DESC deja entrever en sus observaciones generales tres modalidades que pueden adoptar las medidas regresivas: a) Derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto; b) Promulgar legislación o adoptar políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones jurídicas nacionales o internacionales preexistentes en relación con uno o varios de los derechos reconocidos en el Pacto. “Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente”; c) Adoptar medidas que sean incompatibles con las obligaciones básicas de los Estados parte del PIDESC, como por ejemplo, aquellas que afecten la igualdad del derecho del hombre y la mujer en cuanto al disfrute de todos los derechos; las que comporten una denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica; la adopción de leyes que discriminen a individuos o grupos de individuos en la esfera de la educación; el establecimiento de condiciones de admisibilidad diferentes para las prestaciones de asistencia social destinadas a las personas desfavorecidas y marginadas en función del lugar de residencia; o la

¹⁵ “*El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo (...). Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. (...). Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo*”. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones estatales, doc. E/1991/23, 1990, párr. 9.)

denegación activa de los derechos de las mujeres o de determinados grupos o personas.

El Comité de DESC ha realizado algunas presiones al respecto pero parecen más de carácter ejemplificativo que una doctrina sistemática. Por tanto, existen dificultades para llegar a una sola definición general de lo que es una medida regresiva. “Es probable que el propio Comité, consciente de las limitaciones del lenguaje jurídico, de forma deliberada hubiere optado por hacer uso de estas categorías, con el fin de dejar, al intérprete, la posibilidad de reconstruir el sentido de la regresividad y al litigante, la oportunidad de argumentar en contra de medidas que estime negativas”. (Informe Colombia 2002-2008). Así, las dificultades para hallar una fórmula general que permita definir en qué consiste una medida regresiva pueden ser traducidas en oportunidades argumentativas al momento de debatir acerca de la adopción de una de tales disposiciones ante casos concretos.

Courtis ha señalado dos tipos de aplicación de la noción de regresividad: i) aplicación a las normas: para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”; ii) aplicación a los resultados: la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. (Esta aplicación requiere de indicadores o parámetros empíricos). El primer tipo, la normativa, es la que mejor se presta para reclamaciones judiciales (COURTIS, 2006).

Concretamente, una de las principales herramientas a través de la cual la jurisprudencia ha tornado exigibles los derechos prestacionales, es mediante la conexión entre los derechos civiles o políticos, que cuentan con una mejor protección normativa, y el derecho social involucrado, para así otorgarle efectividad al resguardo de este último. Pudimos ver la recurrente utilización de la relación entre el derecho a la salud y derecho a la vida, para efectos de considerar vulnerado el primero o también una referencia constante al principio de igualdad y no discriminación para hacer justiciable los derechos sociales involucrados. El aporte jurisprudencial está dando pasos que permiten una relectura de los textos constitucionales (NASH ROJAS, 2011, p. 65-118).

A través del “principio de conexidad con otros derechos humanos, en virtud de que si se viola el derecho social, también se violan otros derechos como los de igualdad y no discriminación, del debido proceso

legal, y el derecho a la vida digna” (CARPIZO, 2012) (ACUÑA, 2010, p. 576)¹⁶. Así, en la Constitución española se encuentran vinculados el derecho a la vivienda (o el derecho a un medio ambiente adecuado) y el derecho a la intimidad; el derecho a la sanidad y el de un régimen público de Seguridad Social con el derecho a la vida; o cualquiera de esos principios respecto a otros derechos como el de recibir información de manera suficiente acerca de las políticas públicas llevadas a cabo por los poderes públicos y las iniciativas privadas; “el derecho a la tutela judicial efectiva en los casos en que se rechazara *a limine* la pretensión de cualquier ciudadano acerca de la violación de estos principios rectores, y que, en última instancia, vendrían amparados por la protección del derecho a la dignidad de la persona” del art. 10 CE y la del derecho a la igualdad del art. 14 CE.

Considerando las premisas anteriores no vemos descabellado pensar en la posibilidad de que un ciudadano afectado en sus derechos sociales pudiera recurrir en vía ordinaria a través del procedimiento preferente y sumario contemplado en el art. 53.2 CE y en su defecto en amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional a través de la técnica de “conexión” con derechos civiles y políticos y como última instancia el recurso ante el TEDH en el marco de derechos humanos, el recurso ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) para la protección de los derechos de la Carta Social Europea o el recurso ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para la protección del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, es posible, como ya dijimos, la interposición del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la propia disposición que produzca la vulneración de derechos constitucionales, aunque en este caso con unas limitaciones evidentes en lo que respecta a la legitimación activa para su interposición ex. art. 162.1.a) CE. (SOTO LOSTAL, p. 60)

Lo anterior reviste una importancia singular. El derecho comparado es una buena fuente de inspiración. En esta línea, conviene destacar la especialización de técnicas de decisión judicial. Así, “diversas Cortes y Tribunales constitucionales han protegido varios derechos sociales al comparar la situación de que gozan personas o grupos con las condiciones de quienes carecen de las mismas”. (CARPIZO, 2012).

¹⁶ En México se ha utilizado el principio de conexidad. El Tribunal Constitucional español también ha utilizado este principio de conexidad para ampliar la pensión a un grupo discriminado.

Abramovich y Courtis señalan algunos ejemplos: en Estados Unidos, la Suprema Corte, en el conocido caso *Brown vs. Board of Education*¹⁷, condenó la discriminación racial, entre otros aspectos, en la educación y por las condiciones desiguales en que se prestaba ese servicio en los diferentes establecimientos escolares, pues la segregación racial “produce inevitables desigualdades en las instalaciones físicas”. Posteriores resoluciones de la Corte extendieron los efectos del caso Brown a otros aspectos de evidentes desigualdades relacionadas con la educación.

Un caso paradigmático es el relativo a la vivienda¹⁸ (desde desahucios a reclamaciones de viviendas sociales), que es susceptible de control jurisdiccional. Siguiendo los elementos básicos que han caracterizado el test de la proporcionalidad en algunos ordenamientos contemporáneos (como el alemán y el español) y según la evolución experimentada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el derecho moderno, los tribunales podrían de hecho evaluar la regresividad de este tipo de medidas, teniendo en cuenta: i) La legitimidad de la medida: si los fines inmediatos perseguidos por la medida objeto de control son legítimas desde el punto de vista constitucional; ii) La idoneidad de la medida en cuestión: si no es una medida óptima, al menos es adecuada para alcanzar los fines que dice

¹⁷ El nombre del caso, Brown, se refiere a Oliver Brown, el afronorteamericano que procuró una reparación legal cuando a su hija Linda, de siete años de edad, se le negó admisión a una escuela primaria reservada para los blancos en la pequeña ciudad de Topeka, Kansas, en el Medio Oeste de Estados Unidos, donde vivían en aquel entonces. En mayo de 1954, en una decisión histórica en el caso de Brown vs. Junta Escolar, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictaminó que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales. Se declaró que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). FindLaw. <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>>. (Acceso el 29.02.2016).

¹⁸ Las leyes promulgadas en Escocia (Gobierno local) y en Francia (Gobierno nacional) son ejemplos de esfuerzos realizados para lograr la progresiva puesta en práctica del derecho a una vivienda adecuada. En 2003, el Parlamento de Escocia aprobó un instrumento legislativo histórico, a saber, la Ley de falta de vivienda, (*Homelessness Scotland Act*), que entraña un cambio fundamental en la legislación escocesa sobre la falta de vivienda, ya que introduce de manera progresiva un derecho a la vivienda que puede hacerse valer plenamente ante los tribunales. Aunque en un principio es aplicable únicamente a las personas que tienen una “necesidad prioritaria”, la ley se propuso garantizar, a lo largo de un período de diez años –entre 2003 y 2012–, que tales grupos se vayan ampliando para incluir a todas las personas sin hogar. Así, desde 2012, toda persona que se encuentre involuntariamente sin hogar en Escocia tiene derecho a un alojamiento permanente, derecho que podrá hacer valer ante los tribunales.

perseguir; iii) La necesidad de la disposición en juego: si es imprescindible y si no hay otras alternativas menos gravosas¹⁹; iv) La proporcionalidad en sentido estricto de la medida en cuestión: es decir, que de la misma deriven beneficios o ventajas para el interés general²⁰.

A MODO DE CONCLUSIONES

La crisis económica y financiera y las consiguientes políticas de austeridad han puesto de manifiesto que la protección de los DESC es débil y se hace necesario articular políticas de austeridad con los mecanismos de protección de estos derechos. La mayoría de las Constituciones han configurado en sus textos los derechos sociales como

¹⁹ Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre de 1982, del Tribunal Constitucional Español. Colocó a los poderes públicos la carga de la justificación en casos de medidas *prima facie* regresivas. El Tribunal sentenció que “no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas” (FJ3).

²⁰ Apenas hay sentencias del Tribunal Constitucional que hayan declarado inconstitucionales medidas que el Gobierno ha adoptado y que hayan implicado recorte de derechos sociales. Lo que sí se ha cuestionado ha sido el mecanismo legal mediante el que se ha hecho, concretamente, mediante Decretos-Ley en lugar de leyes aprobadas por el Parlamento. Un ejemplo se puede encontrar en que, en marzo de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional ha avalado el uso del Decreto-Ley para la aprobación de varias medidas de racionalización del gasto público en materia de educación y, por tanto, la práctica totalidad del llamado “recorte educativo” que el Gobierno del Partido Popular aprobó en 2012. Es decir, ha desestimado casi en su totalidad el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Junta de Andalucía contra el Real Decreto – ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. El TC rechaza que la norma invadiera competencias autonómicas y que no estuviera justificado aprobar el recorte por la vía urgente del real decreto en lugar de la más lenta tramitación legislativa ordinaria. Tampoco considera vulnerada la autonomía universitaria que protege expresamente la Constitución. El Tribunal solo ha declarado inconstitucionales y nulos tres apartados del art. 6 porque no cumplen el requisito de la “extraordinaria y urgente necesidad” que la Constitución exige en su art. 86.1 para legislar por decreto – ley. (Han formulado voto particular la Vicepresidenta, Adela Asua, y el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré). Según la doctrina, para cumplir el requisito del art. 86.1 CE, el Gobierno debe expresar de forma “explícita y razonada” cuál es la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justifica las medidas aprobadas por decreto – ley; asimismo, dichas medidas deben guardar conexión de sentido con la circunstancia excepcional que las justifica. En este caso, el Pleno afirma que el Gobierno ha justificado de manera “suficiente” la situación de urgente necesidad: controlar el gasto con el fin de “reducir el déficit público en un contexto de crisis económica excepcional” y cumplir así las exigencias que supone estar en la zona euro. (STC, de 3 de marzo de 2016. Disponible en: <www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_014/2012-04528STC.pdf>).

mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado.

Así, por una parte, si es cierto que encontramos enunciados normativos sobre derechos sociales en la mayoría de las Constituciones occidentales, la mayoría de los autores concluirán que no se trata tanto de auténticos derechos exigibles (ante los tribunales), sino más bien de objetivos o finalidades de la actuación y políticas del poder público. Dicho esto, sin embargo, es cierto que los tribunales han encontrado siempre vías para aplicar principios o contenidos sociales a través de institutos y mecanismos inicialmente previstos para los llamados derechos civiles y políticos. “De ahí, por tanto, el interés de centrar las investigaciones no tanto en el contenido objetivo de los derechos sociales sino en su justiciabilidad y orientar los esfuerzos hacia las prácticas y políticas judiciales” (GORDILLO PÉREZ, 2014). Además, puede observarse que los jueces mantienen una predisposición en el desarrollo de un Derecho social jurisprudencial y la habitual predisposición de los magistrados por encontrar vías que permitan la aplicación de estos derechos.

La regresividad en los derechos sociales puede acabar lesionando dos principios básicos en un Estado democrático de Derecho como son la seguridad jurídica y el principio de dignidad de la persona humana. Para evitar esta regresividad e impulsar la progresividad de los derechos sociales, la determinación del contenido esencial de los derechos se presenta a modo de escudo protector de los mismos. Con todo, hay que ser cuidadosos a la hora de calificar como regresividad lo que podría ser una simple reducción de las políticas públicas que se venían aplicando en el Estado social.

En el caso, español, se han alzado voces que proponen un decálogo de “reformas y propuestas de modificación para la Constitución española que giran en torno a cuestiones como la cohesión social, la viabilidad económica de los servicios sociales públicos garantizando la financiación de las Comunidades Autónomas”, así como “constitucionalizar derechos como el de la educación universal, la función social de una vivienda digna o el de la autonomía personal además de reconocer como derechos sociales fundamentales la salud, el derecho a una renta básica o a un medio ambiente sostenible”. Junto a este reconocimiento, se apunta la necesidad de reformar la Constitución e incluir una cláusula de no regresividad de los derechos sociales es decir, de medidas que obliguen a adaptar de manera permanente la prestación de estos derechos e impidan acciones legislativas que las invaliden, por causa de crisis económica, por ejemplo- así como otras mejoras en la arquitectura institucional del Estado social (AGUDO ZAMORA, 2016).

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH COSARIN, Víctor E. **Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Disponible en: <https://docs.esccr-net.org/usr_doc/02.pdf>. Acceso el 15.03.2016.

ABRAMOVICH COSARIN, Víctor E. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados, en **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2 n. 2 São Paulo 2005. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000100009>>. Acceso el 27.05.2016.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, en CARBONEL, Miguel; CRUZ P, Juan A. y VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). **Derechos sociales y derechos de las minorías**. México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

_____. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>>. (Acceso el 25.05.2016).

AÑÓN ROIG, M^a. José. ¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?, en **Derechos y Libertades**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, n. 34, Época II, 2016, p. 57-90.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios, en COURTIS, Christian (Editor) **Ni un paso atrás**. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires, CEDAL, 2006. p. 3-51. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/25896.pdf>>. Acceso el 26.05.2016.

CALVO, Manuel. Crisis económica y efectividad de los derechos sociales, en BERNUZ, M. J.; CALVO, M. (Eds.). **La eficacia de los derechos sociales**. Valencia: tirant lo blanch, 2013. p. 120 y ss.

CARPISO, Jorge. Los derechos de la justicia social: su protección procesal en México, en **Boletín Mexicano de derecho comparado**. México, v. 45, n.135, sep./dic. 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300006>. Acceso el 28.05.2016.

CASCAJO CASTRO, José Luis. **La tutela constitucional de los derechos sociales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible, en **Estudios Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, a. 6, n. 8, 2008, p. 337-343. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060116>>. Acceso el 0.04.2016.

GÓMEZ ISA, Felipe. Sistema Europeo de Derechos Humanos, en **Diccionario de Acción Humanitaria** y Cooperación al Desarrollo, 2005-2006. Disponible en: <<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/64>>. Acceso el 20.04.2016.

GORDILLO PÉREZ, Luis I. Derechos sociales y austeridad, en **Revista Jurídica de los derechos sociales, julio diciembre**, v. 4, n. 1, mayo-julio, 2014, p. 34-56. Disponible en: <https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/download/.../798>. Acceso el 01.03.2015.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel. El contenido social de la Carta de derechos fundamentales en AFDUA, 2005, p. 87-108. Disponible en: <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6129/Contenido_Herrerros_AFDUA_2004_2005.pdf?sequence=1>. Acceso el 25.05.2016.

JIMENA QUESADA, Luis. **La Jurisprudencia Europea sobre Derechos Sociales**, Instituto de Investigaciones de la UNAM, 2011. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/13.pdf>>. Acceso el 15.02.2016.

MENDIOLA, Marta. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas, en **Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis Observatori DESC**, diciembre de 2009. Disponible en: <<http://www.descweb.org/>>. Acceso el 15.02.2016 y 26.05.2016.

NASH ROJAS, Claudio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales, en **Estudios Constitucionales**, v. 9, n. 1, Santiago de Chile, 2011, p. 65-118. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100004>. Acceso el 15.01.2016.

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

SOTO LOSTAL, Salvador. Regresividad, derechos constitucionales y Estado social, en **Revista Jurídica de los derechos sociales**, julio-diciembre, v. 3, n. 2, p. 44-78. Disponible en: <http://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/756/600> Acceso el 15.02.2016.

TOLEDO TORIBIO, Omar. El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral, en **Derecho y Cambio Social**. Disponible en: <docplayer.es/8193770-Por-su-parte-el-articulo-26-de-la-convencion-americana-sobre-de-...>. Acceso el 26.05.2016.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia. Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. **Revista de Pontificia Universidad Católica de Perú**, n. 75, 2015, p. 95-117. Disponible en: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5265502.pdf>. Acceso el 03.02.2016.

VALIÑO, Vanesa (Coordinadora): **Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis, Barcelona**, Observatorio DESC, 2009. Disponible en: <http://observatoridesc.org/sites/default/files/Defender_repensar_derechos_sociales_lib_DESC_AAVV_sp_1.pdf>. Acceso el 25.05.2016.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. **La exigibilidad de los derechos sociales**. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. La prohibición de retroceso en los Derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas Sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis, en COURTIS, Christian (Compilador). **Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad de los derechos sociales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp.329-360. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/25896.pdf>>. Acceso el 120.02.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición del retroceso social, en **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 11, enero-junio 2009.

INFORMES

AGUDO ZAMORA, Miguel. **Un informe propone un decálogo de reformas de la Constitución para “blindar” los derechos sociales**. Centro de Estudios Andaluces, 2016. Disponible en: <<https://www.centrodeestudiosandaluces.es/index.php?mod=actividades&id=3015&cat=22&idm=>>>. Acceso el 22.05.2016.

Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008). Bogotá, marzo 2010. Disponible en: <http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf>. Acceso el 27.05.2016.

Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. **Folleto Informativo**, n. 33, Suiza. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf>. Acceso el 27.05.2016.

Conceptos clave sobre los DESC – **¿Pueden hacerse valer ante los tribunales los derechos económicos, sociales y culturales?. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado**. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/CanESCRbelitigatedatcourts.aspx>>. Acceso el 18.04.2016.

JURISPRUDENCIA

Asunto C-415/11, *Aziz v. Catalunya*, Sentencia del TJUE 14 marzo 2013. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES>>. Acceso el 26.05.2016.

BVerfGE 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09 (Hartz IV), Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 febrero 2010. Disponible en: <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%20BvL%201/09>>. Acceso el 26.05.2016.

Asunto *McCann v United Kingdom*, recurso 19009/04, Sentencia del TEDH 13 mayo 2008. Disponible en: <<http://swarb.co.uk/mccann-v-the-united-kingdom-echr-13-may-2008/>>. Acceso el 28.05.2016.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). FindLaw. Disponible en: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>>. Acceso el 29.02.2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Sentencia de 9 de octubre de 1979, Serie A, n. 32, para. 26.9. Disponible en: <<https://www.escriet.org/caselaw/2006/airey-v-ireland-32-eur-ct-hr-ser-1979-1979-2-ehrr-305>>. Acceso el 28.05.2016.

Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre de 1982, del Tribunal Constitucional Español. <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/123>>. Acceso el 07.04.2016.

Asociación Benghalensis y otros con Ministerio de Salud (2000): Corte Suprema de Justicia de Argentina, A 186 XXXIV, 1º junio 2000 (acción de amparo). Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp>. Acceso el 07.04.2016.

Virginia Marcell contra Hospital San Juan de Dios (2009): Corte Suprema de Chile 26 noviembre 2009 (apelación recurso de protección), Rol 8513-2009. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.cl/>>. Acceso el 02.03.2016.

Máximo Medardo Mass López, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa (2007), Tribunal Constitucional de Perú, Sala Constitucional, STC 04223-2006-AA, 02 junio 2007 (acción de amparo). Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/>>. Acceso el 04.03.2016.

Agüero Hernández Ligia contra directora del Centro Educativo Nuestra Señora de Desamparados (2003), Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, 05316-2003, 20 junio 2003 (acción de amparo). Disponible en: <<http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/default.htm>>. Acceso el 09.04.2016.

Juan Pablo Escobar contra Secretaría de Salud (1999), Corte Constitucional de Colombia, T-840-99, 26 octubre 1999 (acción de tutela). Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/>>. Acceso el 07.04.2016.

Baldeón García Vs. Perú (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 abril 2006, serie C 147. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acceso el 18.04.2016.

Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú (2009), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 julio 2009, serie C 198. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acceso el 18.04.2016.