

# Crónica Parlamentaria

## Los derechos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía

La inclusión de un catálogo de derechos en los Estatutos de Autonomía constituye, sin duda ninguna, una de las principales novedades de esta segunda etapa estatuyente –o, si se prefiere, “segundo proceso autonómico”<sup>1</sup>– en la que aún nos hallamos inmersos. De entrada, y siquiera en el plano simbólico, porque con la recepción de un listado de derechos es claro que los Estatutos se aproximan formalmente a las Constituciones, pues, al fin y al cabo, como es bien sabido, desde el arranque mismo del régimen constitucional en Europa los derechos se consideran integrante inexcusable de toda “verdadera” Constitución (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Con todo, sea cual fuere el último y, por ende, primordial objetivo político pretendidamente perseguido con esta incorporación (la *constitucionalización* de la norma estatutaria), y soslayando también las dudas de constitucionalidad que, según algunos, plantea esta *estatutorización* de los derechos<sup>2</sup>, a nadie se le oculta que esta novedad suscita numerosos interrogantes hasta ahora desconocidos con el anterior bloque de la constitucionalidad. En primer término, porque se corre el riesgo de que la consagración de derechos que inciden en las más variadas esferas materiales (medio ambiente, salud, cultura, justicia, participación política, etc.) pueda interpretarse como una habilitación a favor de la Comunidad Autónoma para actuar en dichos ámbitos, que operaría al margen de lo dispuesto en las propias reglas de reparto competencial contenidas en el Estatuto. Sin embargo, este temor a que la inclusión de una carta de derechos actúe en la práctica como un caballo de Troya del sistema competencial –que se manifestó también con toda evidencia durante

---

<sup>1</sup> Pedro Cruz Villalón, “La reforma del Estado de las Autonomías”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, 2006, pág. 79.

<sup>2</sup> Véase la posición al respecto de Luis María Díez-Picazo –“¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *REDC*, núm. 78, 2007- y la subsiguiente réplica de Francisco Caamaño Domínguez –“Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *REDC*, núm. 79, 2007-.

la elaboración del Tratado Constitucional europeo<sup>3</sup>— ha quedado enteramente neutralizado por el primer párrafo del artículo 13 del Estatuto, que dice así: “Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes”<sup>4</sup>.

Pero si cabe descartar, así, esta primera línea conflictiva, lo que parece ineludible es que habrá que afrontarse en el futuro los arduos problemas de articulación jurídica que suscita el Estatuto tanto en lo relativo a sus garantías y nivel de tutela como a la determinación del contenido protegido de los derechos objeto de la recepción estatutaria<sup>5</sup>.

Interrogantes referentes a su verdadera virtualidad jurídica que, al menos *terminológicamente*, se exacerbaban a propósito del Estatuto andaluz. En efecto, si todos los nuevos Estatutos aprobados cuando esto se escribe incorporan un Título relativo a los “derechos” (que, según los casos, se ven acompañados de “deberes” y/o de “principios rectores”)<sup>6</sup>, el Título I de nuestro Estatuto se titula “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”. Frente a la categoría “derechos”, a secas, utilizada por los restantes estatuyentes, el Estatuto andaluz ha

---

<sup>3</sup> Véase Fernando Álvarez-Ossorio Micheo, “Los derechos fundamentales”, en *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea* (Pedro Cruz Villalón, coord.), Fundación BBVA, Bilbao, 2006.

<sup>4</sup> Por su parte, el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa preveía al respecto en su art. II 51.2: “La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones defendidas en las demás Partes de la Constitución”. Aunque ya el art. II-51.1 disponía que los Estados miembros “respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las otras Partes de la Constitución”.

<sup>5</sup> Véanse las diferentes colaboraciones —realizadas cuando aún no estaba concluido el Estatuto— que se contienen en el libro *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas* (Manuel José Perol Becerra, dir.), IAAP, Sevilla, 2007.

<sup>6</sup> *Cfr.* El Título I de los Estatutos catalán y aragonés y el Título II de los Estatutos valenciano y balear.

optado por calificar de “derechos sociales” a todos los derechos que consagra<sup>7</sup>. Las naturales disquisiciones en torno al mayor o menor contenido protegido de los derechos en la esfera autonómica respecto de la estatal, y las posibles vías procesales para hacer efectivo ese “desigual” contenido protegido en cada Comunidad Autónoma, que acompañan a todos los textos estatutarios, se ven agudizadas en el caso andaluz al abrazar una categoría de contornos tan difusos como la de los “derechos sociales”. Así es; resulta imposible identificar una sola monografía relativa a los derechos sociales que no comience, precisamente, haciendo referencia a la profunda ambigüedad del concepto y a la enorme heterogeneidad de las diferentes teorías existentes al respecto. No obstante, procurando simplificar al máximo dicha diversidad, cabría sistematizar dos principales formas de aproximación a la noción de “derechos sociales”.

Desde una *concepción amplia*, son “derechos sociales” los nuevos derechos que incorporan las Constituciones del siglo XX frente al catálogo de derechos de libertad prototípico del constitucionalismo liberal del siglo XIX. Se trata, pues, del conjunto de derechos que persigue o proyecta el objetivo de aproximar las diferencias socioeconómicas y avanzar, así, en la igualdad material. Bajo este prisma, habría que incluir como derechos sociales los derechos atinentes a la esfera laboral que empiezan a asomarse en los primeros textos constitucionales del siglo XX, como la huelga (Constitución de Méjico de 1917) o la libertad sindical (Constitución de Weimar de 1919). Y ello a pesar de que, desde el punto de vista de su estructura, guarden un evidente paralelismo con los derechos de libertad típicos de siglo XIX, al exigir fundamentalmente un no hacer por parte de los poderes públicos.

Para la *concepción estricta* de los derechos sociales, probablemente la más extendida, éstos no son otros que los “derechos de prestación”, esto es, aque-

---

<sup>7</sup> Que, concretamente, aparecen enumerados en su Capítulo II (“Derechos y deberes”), que abarca desde el derecho a la igualdad de género (art. 15) hasta el derecho a la orientación sexual (art. 35), pasando por un nutrido y variado elenco: protección contra la violencia de género (art. 16), protección de la familia (art. 17), derechos de los menores (art. 18), derechos de los mayores (art. 19), derecho al testamento vital y a la dignidad ante el proceso de la muerte (art. 20), derechos en materia de educación (art. 21), salud (art. 22), prestaciones sociales (art. 23), derechos de la persona con discapacidad o dependencia (art. 24), vivienda (art. 25), trabajo (art. 26), derechos de los consumidores (art. 27), medio ambiente (art. 28), derechos en materia de justicia (art. 29), participación política (art. 30), buena administración (art. 31), derecho a la protección de datos (art. 32), cultura (art. 33) y derecho al acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (art. 34). Además, el Título I del Estatuto andaluz contiene un Capítulo III (“Principios rectores de las políticas públicas”) en donde llegan a enumerarse hasta veinticinco de estos principios (art. 37).

llos derechos que, a fin de lograr la igualdad material definitoria del constitucionalismo contemporáneo, lo que reclaman de los poderes públicos es justamente una intervención activa. Si los clásicos derechos de libertad, concebidos como derechos de defensa, vienen a acotar una esfera de libertad natural que, en principio, resulta intangible para el Estado, bastando por ende su mera abstención para que se entiendan realizados<sup>8</sup>; cuando se trata de los derechos de prestación, su satisfacción pasa necesariamente por la actuación positiva de los poderes públicos.

Pues bien, se parta de una u otra concepción de los “derechos sociales”, se hace evidente que no todos los derechos reconocidos en el Título I del Estatuto andaluz son reconducibles a dicha categoría. Derechos tales como el testamento vital (art. 20.1), claramente conectado con el art. 15 CE –señaladamente con el derecho a la integridad física y moral–, o a la libre orientación sexual (art. 35) están más próximos en su estructura a los tradicionales derechos de libertad. Pero con independencia de estas cuestiones más o menos terminológicas, los principales problemas en punto a la virtualidad y exigibilidad jurídicas de los derechos estatutarios residen en los que adquieren la forma y estructura de “derechos de prestación”. Veamos esta cuestión con algún detenimiento.

De forma prácticamente unánime se subraya la dificultad –cuando no la imposibilidad– que existe para reconocer la aplicabilidad directa e inmediata de los derechos de prestación. La muy nutrida gama de razones que impiden o dificultan, según la doctrina, su exigibilidad directa pueden clasificarse en dos órdenes de condicionantes: de naturaleza endógena y exógena. Por lo que hace a los **condicionantes endógenos** de la exigibilidad directa de los derechos sociales, el primordial recae sin duda en la propia *estructura de los derechos de prestación*, radicalmente distinta del concepto tradicional de derecho, concebido como derecho de libertad o derecho de defensa, propio del Estado abstencionista. En efecto, al partir esta apreciación tradicional de la idea de que el derecho reconoce una esfera de libertad inmune a las intromisiones del poder público, el Estado se concibe como el “enemigo de la libertad”, pues los derechos están, precisamente, para proteger a los ciudadanos frente a las instancias estatales. No reclaman, pues, ninguna intervención del Estado, bastando con su abstención para que los mismos ya se entiendan realizados; en consecuencia, son plenamente aplicables en el momento mismo en que entra

---

<sup>8</sup> Sobre la estructura de los derechos de libertad, véase M. Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996

en vigor el texto constitucional. En este contexto, no debe de causar extrañeza la idea de que los “derechos son ilegislables”, afín a la Constitución estadounidense y que tanta influencia ejerció en nuestra Constitución de 1869.

Por el contrario, los *derechos sociales de prestación* exigen la actuación positiva de los poderes públicos a través de prestaciones directas o indirectas (servicios públicos de sanidad, educación, etc.; concesión de ayudas, subvenciones, subsidios económicos, bonificaciones fiscales, etc.). Así pues, una vez reconocido un derecho en la Constitución, es preciso que intervenga el Estado, es necesaria la “*interpositio legislatoris*” para que proceda a organizar y regular el servicio público correspondiente, o se hace inexcusable que el legislador presupuestario autorice los gastos precisos para hacer frente a las prestaciones.

Pese a las palpables diferencias existentes entre las estructuras de ambos derechos, hay una corriente doctrinal que propugna la aproximación de tales categorías sobre la base —cierta e irrefutable, sin duda— de que en el constitucionalismo contemporáneo también los clásicos derechos de libertad tienen una vertiente prestacional. Pues, en efecto, pende sobre los poderes públicos la obligación positiva de actuar para que los derechos de libertad puedan ser disfrutados, en la práctica, por todos los sectores sociales. Vertiente de obligación positiva que, entre otras, ha tenido la enorme virtualidad de favorecer la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, al exigir al legislador que, en la regulación de cualquier parcela del ordenamiento —por tanto, también en el derecho privado—, tome en consideración adecuadamente a los derechos fundamentales. No obstante lo dicho, creemos que hay una diferencia crucial entre los derechos sociales de prestación y la eventual vertiente prestacional de los derechos de libertad: En el caso de los derechos de libertad, la intervención positiva estatal es adjetiva: persigue mejorar las condiciones de ejercicio del derecho que, en su contenido, sigue siendo un derecho de libertad; la intervención estatal no persigue sino facilitar la máxima penetración del derecho en el cuerpo social. Por el contrario, en el caso de los derechos sociales, la prestación constituye el objeto, la materia, el propio contenido constitucionalmente (estatutariamente) protegido por el derecho en cuestión.

La *estructura de la norma que los consagra* constituye la segunda de las limitaciones endógenas que puede impedir la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales. Pues muy a menudo las normas constitucionales (estatutarias) que reconocen derechos sociales prevén una especial intervención del legislador, un singular papel de la ley en la delimitación del propio derecho que viene a reconocer: Se consagra el derecho pero se remite al legislador la determinación de su verdadero alcance y significado. Así sucedió ya, de forma pa-

radigmática, en la Constitución de Weimar; lo que permitiría a Carl Schmitt sostener que tales derechos no eran más que “giros en el vacío”, al no pasar de ser más que meras especificaciones del principio de legalidad. El Estatuto andaluz ofrece numerosas muestras de este tipo de condicionante endógeno de su inmediata aplicabilidad, toda vez que, con alguna frecuencia, el derecho se reconoce “en los términos que establezcan las leyes” o fórmula semejante (arts. 19, 21.6 y 10, 22.4, 23.2, 24, etc.).

Pues bien, a las dificultades de naturaleza endógena referidas hay que añadir un nada despreciable **condicionante exógeno**, a saber, tratarse de derechos cuyo efectivo disfrute depende, en buena medida, de las disponibilidades presupuestarias; o para decirlo en términos tomados de la doctrina alemana, tratarse de derechos que se reconocen, sí, pero bajo “reserva de lo posible” (Häberle). En este sentido, el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales exige que los Estados signatarios habrán de adoptar medidas en su consecución hasta “el máximo de los recursos disponibles”. Y en la misma línea el TEDH en la Sentencia de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey*) afirmaría que la realización de los derechos sociales y económicos “depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica”.

La principal consecuencia que cabe extraer de la suma de estos condicionantes endógenos y exógenos no es otra que el legislador opera con eficacia constitutiva en la delimitación de los derechos de prestación. Todos los derechos de prestación son, en suma, genuinos “derechos de configuración legal”, en el sentido de que el legislador “crea contenido” del derecho en cuestión, pues éste no puede ser directamente “interpretado” del texto constitucional: su verdadero alcance depende del legislador presupuestario, del legislador que define y organiza la prestación de los servicios públicos conectados con los derechos, etc. Hasta que su intervención no se produzca, en vano podrá intentarse su exigibilidad jurídica inmediata.

Pero es que, además, con independencia de que los genuinos derechos de prestación sólo sean “perfectibles” mediando la acción del legislador, lo cierto es que las posibilidades de efectuar el control de constitucionalidad al respecto son ciertamente reducidas. De entrada, porque si la intervención del legislador es precisa para que tales derechos sean verdaderamente operativos, en cuanto realizables por su titular, va de suyo que la forma más elemental y sencilla de frustración de los reiterados derechos consiste en la pura abstención. Y ¿qué es lo que puede hacerse frente al a inacción del legislador?

La primera hipótesis que cabe plantearse es que la acción del legislador sea suplida por el poder judicial y/o el Tribunal Constitucional, procediendo éstos por sí mismos directamente a concretizar el contenido del derecho social en cuestión. Esto es precisamente lo que sucede con los derechos de libertad que exigen alguna acción de los poderes públicos (“derechos de organización y procedimiento”), respecto de los cuales es dable identificar siquiera un “contenido mínimo” inferible inmediateamente del texto constitucional<sup>9</sup>. Sin embargo, esta posibilidad suele rechazarse en relación con los derechos sociales, habida cuenta de que su realización y aplicación efectiva suelen entrañar decisiones sobre el gasto público, afectándose por tanto plenamente la definición de la política presupuestaria. En consecuencia, se considera que en este ámbito encuentra el poder judicial y el Tribunal Constitucional un límite jurídico–funcional inequívoco, a saber, que los órganos jurisdiccionales no están llamados a hacer política –y mucho menos política presupuestaria–.

La segunda de las vías a explorar consiste en articular algún específico remedio jurídico frente a la inacción del legislador, esto es, configurar un recurso de inconstitucionalidad por omisión<sup>10</sup>. Se trata, sin embargo, de un cauce jurisdiccional muy escasamente extendido en los países de nuestro entorno, hasta el punto de que la experiencia portuguesa es una de las pocas que pueden identificarse (art. 283 de la Constitución). Y, aun así, esta vía portuguesa muestra ciertas debilidades en su capacidad revisora de la abstención del legislador. De una parte, porque la omisión debe versar sobre una norma constitucional que contenga un verdadero “mandato impositivo de legislación”, lo que reduce el ámbito de aplicación del recurso. Y de otro lado –y sobre todo– porque el sistema portugués se rodea de cautelas para evitar que el Tribunal Constitucional actúe como legislador en fase de iniciativa: Así, la Sentencia que declara la omisión legislativa se limita a verificar el incumplimiento y dar conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión al órgano competente; de tal modo que no hay más sanción que una “recomendación” para que se proceda a la concreción legislativa.

En resumidas cuentas, la realización efectiva de los derechos sociales encuentra un primer –y difícilmente esquivable– obstáculo en la propia inacción del legislador. Pero, dando un paso más, aun cuando el legislador decida intervenir, no puede sino reconocerse el carácter difícilmente justiciable de las

---

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, la STC 15/1982 en relación con el derecho a la objeción de conciencia.

<sup>10</sup> Sobre el particular, véase Beatriz González Moreno, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 215 y ss.

leyes que desarrollan o inciden en los derechos sociales –dada la amplia libertad de configuración que las normas constitucionales que los consagran permiten al legislador–. Con todo, como es obvio, las posibilidades revisoras de su constitucionalidad existen.

En este sentido, hay una amplia –y sólida– corriente doctrinal que considera constitucionalmente inadmisibles las regresiones en el nivel de protección alcanzado por los derechos sociales. Ya Konrad Hesse se refirió a la “irreversibilidad de las conquistas sociales”, aunque su posición ha de enmarcarse en el contexto de la Ley Fundamental de Bonn si se pretende valorarla de un modo cabal: La Constitución alemana incorpora la cláusula del Estado social, pero a diferencia del constitucionalismo latino (Italia, Portugal, España) no contiene un catálogo de derechos sociales, de tal suerte que el margen de libertad del que goza el legislado al respecto es prácticamente total. Por eso, según Hesse, una vez que el legislador ha reconocido y precisado determinadas conquistas sociales, éstas no quedan a la entera disposición del legislador futuro, si bien la protección sólo alcanza al “núcleo esencial” de dichas conquistas sociales.

Esta tesis de la prohibición de las regresiones se ha abierto paso, de algún modo, en contados órganos jurisdiccionales. Descuella, muy probablemente, en este ámbito el Tribunal Constitucional portugués, que en alguna ocasión ha reconocido la existencia de “cláusulas de prohibición de evolución reaccionaria o de retroceso social”, llegando, en la Sentencia 39/1984, a declarar la inconstitucionalidad del Decreto–Ley que había dejado sin efecto una parte de la Ley 56/1979, creadora del Servicio Nacional de Salud. Por su parte, en la doctrina española no han faltado voces que apuntan a esta dirección<sup>11</sup>. Así, López Guerra ha sostenido que la Constitución se inclina por la irreversibilidad de las medidas de progreso social (seguridad social, legislación laboral, etc.), de tal modo que sólo pueden modificarse a favor de los afectados<sup>12</sup>; o, en opinión de Cobreros Mendazona, sería inconstitucional la ley que tuviera como objetivo suprimir directamente, sin contraprestación, alguna de las conquistas sociales<sup>13</sup>. Pues bien, cualquiera que sea la posición que se sosten-

---

<sup>11</sup> Sobre la constitucionalidad de los posibles retrocesos del Estado social, José Luis Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988, pág. 42 y ss.

<sup>12</sup> López Guerra/Jorge de Esteban, *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1983, pág. 348.

<sup>13</sup> “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios rectores de la política social y económica”, *RVAP*, núm. 19, 1987, pág. 42.

ga al respecto, a nadie se le ocultan las dificultades que encierra fundamentar jurídicamente severas restricciones al margen de libertad de configuración política propia del legislador en materia de derechos sociales, a menos que puedan identificarse en el texto constitucional (o estatutario) claras indicaciones sobre el particular.

Con todo, no puede tampoco soslayarse que la tesis de la “prohibición de regresividad” encuentra asimismo apoyos en alguno de los Tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 2.1 establece que los Estados signatarios se comprometen 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 se 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”. Y es que, en efecto, de la mención a la realización progresiva de tales derechos se ha inferido cierta obligación de “no regresividad”, de tal suerte que la derogación o la reducción del nivel de protección de los derechos podría considerarse contrario al compromiso asumido en dicho Pacto. De hecho, varias Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen expresamente que las medidas regresivas pueden ser, *prima facie*, lesivas del Pacto. No es de extrañar, pues, con esta base internacional, que se haya sostenido que las medidas regresivas en la protección de los derechos sociales, como mínimo, vendrían a invertir la carga de la argumentación en los procesos de constitucionalidad: las mismas serían, en principio, sospechosas de incurrir en inconstitucionalidad, por lo que habrán de ser los poderes públicos que decidieron su adopción los que tendrían que argumentar y probar su adecuación al orden constitucional<sup>14</sup>.

Posiblemente, ésta sea una vía adecuada para explorar las posibilidades del control de constitucionalidad de las leyes reguladoras de los derechos sociales. Pero la vinculación efectiva del legislador a los derechos sociales puede proyectarse de otras formas. Así, el legislador sectorial no puede adoptar decisiones que vayan frontalmente contra los derechos o principios sociales constitucionalmente reconocidos, pudiendo, en consecuencia, declararse la inconstitucionalidad de la ley por este motivo. Así se desprende de la STC

---

<sup>14</sup> Véase al respecto Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 92 y ss.

45/1989, que consideró inconstitucional la obligación de tributación conjunta por IRPF arguyendo, entre otros extremos, que toda norma que incida sobre la vida familiar debe ser respetuosa con la concepción de ésta que se infiere de la Constitución (art. 39.1). Igualmente el principio de igualdad abre otra vía para efectuar un efectivo control de la acción del legislador en materia de derechos sociales, pues, por amplio que sea su margen de libertad de configuración política, deberá necesariamente atender a sus exigencias a la hora de definir el alcance y la específica concretización de tales derechos<sup>15</sup>.

Pues bien, recapitulando cuanto se lleva dicho, a diferencia de los clásicos derechos de libertad, los derechos sociales de prestación se caracterizan: 1º) por requerir la intervención del legislador al objeto de que proceda a la concretización de específicos derechos subjetivos –ahora sí– accionables directamente ante los Tribunales; y 2º) por permitir una amplia libertad de configuración política en lo concerniente a la delimitación de su contenido y alcance, lo que obviamente no deja de repercutir en la capacidad e intensidad revisora del juez constitucional. Características que, en línea de principio, parecen reflejarse de modo ejemplar en la Constitución: En contraste con los tradicionales derechos fundamentales –éstos sí vinculantes directamente para todos los poderes públicos (art. 53.1 CE)–, los derechos y principios sociales contenidos en el Capítulo III del Título Primero de la Constitución “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3). Y mientras que para los primeros la garantía del contenido esencial se configura como un límite inescusable de la libertad de configuración del legislador (art. 53.1), cuando de los principios del Capítulo III se trata sólo se prevé que “informarán la legislación positiva” (art. 53.3).

Por lo demás, en el plano técnico jurídico, es muy difícil no percibir como potencialmente distorsionador todo *exceso garantista* en materia de derechos sociales de prestación. Así es; muy probablemente la bienintencionada pretensión de proyectar a los reiterados derechos las garantías de los derechos de libertad no conduzca más que a una profunda melancolía o –lo que es peor– a la propia desvirtuación del entero sistema de protección de los derechos, al no poder sino concluirse reconociendo su imposible aplicación a los derechos de prestación. Algunos ejemplos tomados del propio texto constitucional servirán para ilustrarlo. Pues, en efecto, el constituyente quiso ubicar en el mismo

---

<sup>15</sup> Consúltese, por ejemplo, la STC 103/1983 a propósito de la limitación del otorgamiento de pensiones a las viudas en detrimento de los viudos.

*núcleo duro* de los derechos fundamentales (Sección primera del Capítulo II del Título Primero) a algunos de neto carácter prestacional, que pasaban así *prima facie* a disfrutar, además de la vinculación inmediata a los poderes públicos y de la garantía del contenido esencial, de la protección de los recursos de amparo judicial y constitucional (art. 53.2). Así, el art. 25.2 CE reconoce a los reclusos el “derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social”; mientras que el art. 27 CE dispone que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (4), establece que los “poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación” (5) e impone a los poderes públicos que ayuden “a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca” (9).

El constituyente vino, así, con la inclusión de estos compromisos prestacionales del Estado en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, a acuñar una singular categoría de *derechos fundamentales de prestación*, a la cual, sin embargo, habría inevitablemente de negarse una de las notas esenciales de la *fundamentalidad* de los derechos, a saber, el reconocimiento de derechos subjetivos directamente alegables ante los Tribunales con base única y exclusivamente en el texto constitucional<sup>16</sup>. A esta conclusión necesariamente ha llegado el Tribunal Constitucional cuando se ha alegado vía amparo la vulneración de alguno de los citados *derechos fundamentales de prestación*. Así, por lo que hace al derecho al trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social de los reclusos<sup>17</sup>, ya en el ATC 256/1988 se señaló que eran “derechos de aplicación progresiva”, de tal suerte que su “efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata, siempre que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos”. Y en el ATC 95/1989 se abundaría en esta idea, al afirmarse que tales derechos “alcanzan relevancia constitucional únicamente si se acredita que en el centro penitenciario en el que se cumpla la condena existe puesto de trabajo a cuya adjudicación se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido –el

---

<sup>16</sup> A propósito de estos *derechos fundamentales de prestación* afirmaría José Ramón Cossío Díaz: “... el derecho fundamental se prevé desde la Constitución y desde ahí genera todos sus efectos, pero no así el derecho subjetivo otorgado respecto del derecho fundamental, toda vez que éste habrá de esperar a que su objeto específico quede determinado por ley” (*Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, pág. 89).

<sup>17</sup> Un análisis de la jurisprudencia constitucional recaída al respecto ofrece José Ignacio Martínez Estay en *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 176 y ss.

cual no podrá ser arbitrario o discriminatorio...”. Por su parte, en la STC 172/1989 se argumentó que, a la hora de determinar la aplicabilidad de los derechos que nos ocupan, no bastaba con atender su ubicación sistemática, sino que era preciso tomar en consideración su naturaleza propia de derechos prestacionales (FJ 2º); de ahí que debiera catalogarse el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado como “un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata” (FJ 3º)<sup>18</sup>. En suma, el *peso* de lo realmente posible no deja de imponer sus exigencias: pese al art. 53.1 y 2 CE, no es dable reconocer en la práctica la aplicabilidad inmediata de los derechos de los reclusos a los que nos venimos refiriendo.

Una suerte similar –como no podía ser de otra manera– ha corrido en la jurisprudencia el art. 27.9 CE, aunque en este caso, a diferencia del art. 25.2 CE, antes que consagrar un derecho, la norma adopta la forma de un mandato impositivo de legislación. De ahí que ya la STC 86/1985 afirmarse que dicho art. 27.9 CE no supone *per se* “un derecho subjetivo a la prestación pública”, puesto que es de la ley “de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas” (FJ 3º). Dicho lo cual, el Tribunal Constitucional no pudo dejar de reconocer –acorde con su naturaleza prestacional– un amplio margen de libertad de conformación política del legislador en la configuración del derecho de los centros docentes a recibir ayudas públicas. En efecto, se proseguiría en ese fundamento jurídico decimotercero, no sería inconstitucional que el legislador, “del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración, atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión”. En definitiva, concluiría ese mismo fundamento jurídico, no puede afirmarse que exista constitucionalmente “un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes, sólo por el hecho de serlo, pues la Ley puede y debe condicionar tal ayuda...”.

Creo que estas referencias jurisprudenciales bastarán para alertar de las indeseables consecuencias que puede acarrear un exceso de *optimismo garan-*

---

<sup>18</sup> En esta línea, por ejemplo, STC 17/1993.

*tista* en materia de derechos de prestación: la pura y simple inaplicación de las garantías que sean de imposible realización en la práctica, con la subsiguiente erosión de la fuerza normativa del sistema de protección en su conjunto.

No parece, sin embargo, que el nuevo texto estatutario esté llamado a generar esta suerte de distorsiones del sistema de garantías. De una parte, porque en lo que concierne a los principios rectores de las políticas públicas<sup>19</sup>, el Estatuto asume el mismo esquema garantista adoptado por la Constitución respecto de los principios rectores de la política económica y social del Capítulo III del Título I: “El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas –dice el art. 40.1 del Estatuto– informarán las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Si acaso, se aprecia la intención del estatuyente de fortalecer la efectividad jurídica de los mismos añadiendo un inciso no previsto en el texto constitucional, aunque la incorporación al mismo de la cláusula “en su caso” merma obviamente, de modo sustancial, esa pretendida finalidad: “Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas” (art. 40.1).

Y, de otra parte, porque tampoco parece que las garantías que rodean a los derechos del Capítulo II del Título I del Estatuto vayan a plantear problemas de esta índole, por más que formalmente se eleve a la categoría de “verdaderos derechos” algunos que sólo tienen la consideración en la Constitución de principios rectores de la política social y económica (salud, vivienda, medio ambiente...). Y es que, en efecto, por más que se predique de todos los derechos del Capítulo II su vinculación a los poderes públicos andaluces, y se explicita la obligada sujeción del legislador a su contenido, se deja siempre a salvo la libertad de conformación política que éste ha de gozar en lo relativo a la determinación de su vertiente prestacional, que es obviamente –como hemos visto– la que resulta de difícil aplicabilidad inmediata con la única base de la norma que reconoce al derecho en cuestión. Así se desprende de los es-

---

<sup>19</sup> Los veinticinco principios rectores mencionados en el art. 37.1 del Estatuto configuran un heteróclito grupo, que abarca desde la prestación de unos servicios públicos de calidad a la protección civil en situaciones de emergencia, catástrofe y calamidad públicas, pasando por la lucha contra el sexismo, el uso de la lengua de signos o la atención a las víctimas de los delitos.

pecíficos preceptos estatutarios que consagran los respectivos derechos, puesto que suelen expresamente enmarcar el alcance de su contenido prestacional “en los términos que establezcan las leyes” u otra fórmula de semejante tenor (arts. 18, 19, 22.4, 23.2, 24, etc.)<sup>20</sup>. Y ésta es, igualmente, la conclusión que cabe inferir con alcance general del art. 38 del Estatuto, que pone de manifiesto el mayor margen de maniobra del que disfruta el legislador al determinar la vertiente prestacional de los derechos:

“La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”

Manuel Medina Guerrero

---

<sup>20</sup> Sólo en contadas ocasiones un derecho de contenido prestacional se garantiza directa e inmediatamente en el propio Estatuto, como sucede con los vinculados con la enseñanza obligatoria (art. 21.4: “Se garantiza la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios y, en los términos que establezca la ley, en la educación infantil”; art. 21.5: “Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos”).