



Los nuevos derechos sociales fundamentales

Una propuesta de reforma constitucional

DIEGO LÓPEZ GARRIDO (coord.)



Exedra

|CEPC|

LOS NUEVOS DERECHOS
SOCIALES FUNDAMENTALES
Una propuesta de reforma constitucional

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

DIEGO LÓPEZ GARRIDO (coord.)

LOS NUEVOS DERECHOS
SOCIALES FUNDAMENTALES
UNA PROPUESTA DE REFORMA
CONSTITUCIONAL

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2023

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://cpage.mpr.gob.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2023:

© DIEGO LÓPEZ GARRIDO (coord.)

© Imagen de cubierta: Luis Dalvan, [Pexels.com](https://www.pexels.com)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9

28071 Madrid

<http://www.cepc.gob.es>

Twitter: @cepcgob

NIPO CEPC EN PAPEL: 091-23-053-1

NIPO CEPC PDF: 091-23-052-6

ISBN CEPC EN PAPEL: 978-84-259-2021-9

ISBN CEPC PDF: 978-84-259-2020-2

Depósito legal: M. 35.201-2023

Impresión: MyP

C/ Francisco Huesca, 17, 1.º

28017 Madrid (Madrid)

Impreso en España - *Printed in Spain*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	11
<i>Yolanda Gómez Sánchez</i>	
INTRODUCCIÓN.....	15
<i>Diego López Garrido</i>	
EL DERECHO A LA SALUD. ARTÍCULO 43, APARTADO 1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	25
<i>María Mercedes Serrano Pérez y Paulo Ramón Suárez Xavier</i>	
Introducción.....	25
I. Justificación jurídico-política de la reforma	27
II. Encaje jurídico constitucional de la reforma	32
III. En búsqueda de un marco jurídico aplicable	39
IV. Propuesta de reforma del artículo 43, apartado 1 de la Constitución Española.....	41
Bibliografía	42
EL <i>MEDIOAMBIENTE</i> COMO <i>DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL</i> . ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN	45
<i>Elviro Aranda Álvarez</i>	
I. ¿Por qué una reforma o reinterpretación del derecho al medioambiente del artículo 45 de la CE?.....	45
II. Breve referencia al marco internacional y de la Unión Europea en materia medioambiental	53

III. El concepto y la naturaleza constitucional del derecho al <i>medioambiente</i> (art. 45 CE).....	57
IV. El derecho al <i>medioambiente</i> como derecho <i>social fundamental</i> en la Constitución Española de 1978.....	69
V. Reforma propuesta del artículo 45.1.2.....	84
Bibliografía	85

EL DERECHO A LA VIVIENDA. EL ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	89
<i>María Luz Martínez Alarcón</i>	
I. El Estado social es una realidad dinámica susceptible de perfección	89
II. Repensando el valor y los mecanismos de protección de los derechos sociales de prestación...	92
III. La objeción de la escasez de recursos frente a la tesis de la fundamentalización de determinados derechos sociales.....	101
IV. Propuesta de reforma del artículo 47 de la Constitución	118
Bibliografía	119

EL DERECHO A PENSIONES QUE GARANTICEN LA SUFICIENCIA ECONÓMICA A LOS CIUDADANOS DURANTE LA TERCERA EDAD. ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN	123
<i>María Mercedes Serrano Pérez</i>	
I. El reconocimiento de prestaciones económicas a personas mayores en derecho comparado y en el ordenamiento jurídico español	123
II. Las características constitucionales del sistema de pensiones latente en la Constitución Española	127
III. Justificación jurídica de la reforma	133

IV. Algunos elementos del pacto de Toledo acordados con la sostenibilidad y blindaje del sistema de pensiones.....	136
V. Propuesta de reforma del artículo 50 de la Constitución Española	144
Bibliografía	145

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN

DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	147
<i>Antoni Farríols Solá y María Celia Fernández Aller</i>	
I. Introducción. finalidad de la propuesta	147
II. La CE de 1978 debe tener en cuenta la evolución de la tecnología	149
III. Antecedentes	150
IV. Normativa e iniciativas que justificarían la reforma de la CE	154
1. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	155
2. LA LO 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES.....	158
3. LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES.....	160
4. EL ENTORNO EN QUE SE DESARROLLAN LOS AVANCES TECNOLÓGICOS	166
V. Propuesta de incorporación de la siguiente disposición adicional quinta de la CE.....	172
Bibliografía	172

PRESENTACIÓN

Es para mí un honor presentar este libro, *Los nuevos derechos sociales fundamentales. Una propuesta de reforma constitucional*, coordinado por Diego López Garrido, en el que podemos encontrar opiniones de especialistas de demostrada competencia.

Si siempre es motivo de satisfacción presentar un libro que aborde el estudio de los derechos, esta edición del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) reúne algunas características que lo hacen especialmente oportuno.

El fin de esta publicación es defender una tesis jurídico-constitucional que permita que algunos de los denominados derechos sociales, hoy insertos en el capítulo III del título I de la Constitución española y que, como es conocido, tienen un nivel de garantías inferior no solo al de los derechos fundamentales recogidos en la sección 1.^a del capítulo II del título I sino también a los de la sección 2.^a del mismo capítulo, puedan llegar a alcanzar un alto nivel de garantías, lo cual, sin duda, transformaría su naturaleza jurídica. Junto a ello se defiende también la constitucionalización expresa del derecho a la protección de datos, hoy fundamentado en el artículo 18.4 CE. Se trata, por tanto, de una tesis de gran calado constitucional.

La vía jurídico-constitucional defendida para lograr este cambio en el estatuto jurídico de algunos de los derechos sociales reconocidos en la Constitución, en concreto, el derecho a la salud (art. 43 CE) que analizan Paulo Ramón Suárez Xavier y María Mercedes Serrano Pérez, el

derecho al medio ambiente (art. 45 CE) que aborda Elviro Aranda Álvarez, el derecho a la vivienda (art. 47 CE) del que se encarga María Luz Martínez Alarcón y el derecho a una pensión adecuada y periódicamente actualizada (art. 50 CE) que es tratado por María Mercedes Serrano Pérez, es la de la reforma ordinaria o menos agravada prevista en el artículo 167 CE. A estos derechos sociales se une también la propuesta de una nueva disposición adicional quinta en la que la Constitución reconocería el derecho a la protección de datos de carácter personal, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La tesis que se sustenta en este libro se apoya en dos premisas: la primera es la necesidad de dotar de mayores garantías a derechos que en las últimas décadas han demostrado su esencialidad en un Estado social y democrático de Derecho; la segunda, la extrema dificultad para iniciar y completar un procedimiento de reforma por la vía más agravada de la Constitución, que sería el requerido para reubicar en el capítulo II del título I de la Constitución los derechos sociales estudiados.

Por estos motivos —como señala Diego López Garrido en la Introducción de esta obra— se propone mantener la actual ubicación de los artículos 43, 45, 47 y 50 CE en el capítulo III («Principios de política social y económica») y modificar el artículo 53 CE para atribuir a los derechos sociales afectados las garantías que reciben los derechos contenidos en el capítulo II del título I: regulación por ley, que debe respetar su contenido esencial, y tutela judicial; además, se defiende que estos derechos redefinidos en cuanto a sus garantías tengan acceso también al recurso subsidiario de amparo ante el Tribunal Constitucional (apartados 1 y 2 de ese art. 53). Además, se incorpora una

propuesta de nueva redacción del apartado 3 del artículo 53 CE y un nuevo apartado 4 del mismo artículo destinado a recoger, solo en parte, lo ahora dispuesto en el apartado 3 con las reformas correspondientes.

Como antes se indicó, esta obra propone también la constitucionalización expresa del derecho a la protección de datos. Antoni Farriols y M^a Celia Fernández Aller se han encargado de abordar la propuesta de elaboración de una nueva disposición adicional para constitucionalizar este derecho. Como en el caso de los derechos sociales citados, también el derecho a la protección de datos ha adquirido una relevancia extraordinaria que justifica su incorporación expresa a la Constitución.

Un libro, en fin, que contiene una clara y precisa propuesta de reforma constitucional que se considera viable y que reforzaría las garantías de algunos de los derechos sociales de mayor incidencia democrática en la actualidad, junto a la constitucionalización del derecho a la protección de datos, cuya incidencia en varios derechos fundamentales es hoy indiscutible.

Enhorabuena a Diego López Garrido, coordinador de esta obra, y a las autoras y los autores que han aportado su experta opinión.

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*
UNED

INTRODUCCIÓN

DIEGO LÓPEZ GARRIDO

Catedrático emérito de Derecho Constitucional
de la Universidad de Castilla-La Mancha

Letrado de las Cortes Generales

Vicepresidente ejecutivo de la Fundación Alternativas

El desarrollo en el siglo xx del derecho constitucional occidental ha descansado en tres pilares: la democracia, el Estado de Derecho y los derechos y libertades. Estas conquistas, que no han caído del cielo, se potencian entre sí. Una de las sinergias más significativas es la que complementa a los derechos subjetivos con un poder judicial independiente, garante definitivo de los mismos. Pero esto no adquiere la misma intensidad en todos los derechos.

La época de la eclosión, después de la II Guerra Mundial, de los sagrados derechos o libertades individuales trazó una línea nítidamente separadora con los llamados derechos sociales o de prestación. En todas las dimensiones.

Desde la perspectiva de las garantías supranacionales, podemos ver que éstas se concentran en los derechos individuales. Así, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) firmado en Roma en 1953 estableció, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), un sistema de garantías eficaz

sobre los derechos proclamados en el Convenio (derecho a la vida; prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la esclavitud; derecho a la libertad y la seguridad; derechos procesales y penales; derecho a la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; libertad de expresión; libertad de reunión y de asociación; derecho a fundar una familia). En posteriores protocolos se han añadido algunos derechos más (por ejemplo, la propiedad, la educación, las elecciones libres, la libre circulación, la abolición de la pena de muerte).

Salvo el derecho a la educación (primer Protocolo adicional), no encontramos entre esos derechos otros, que podemos llamar «sociales», que exigen una intervención positiva del Estado en el campo económico (derecho a la salud, a la vivienda, a pensiones suficientes, al medio ambiente). El TEDH ha tenido que hacer interpretaciones extensivas de algunos de los derechos reconocidos en el texto del CEDH para poder satisfacer recursos planteados en base a derechos «sociales», que en todo caso no están reflejados explícitamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito de esos derechos sociales, el Consejo de Europa aprobó en 1961 la Carta Social Europea. Era una forma de compensar la ausencia de aquéllos en el CEDH, que sólo reconoce derechos civiles y políticos. Se le ha llamado la «Constitución Social de Europa», pero no hay en la Carta Social nada parecido a un procedimiento jurisdiccional. Hay únicamente un Comité Europeo de Derechos Sociales que se limita a emitir informes o decisiones, que luego van al Comité de Ministros del Consejo de Europa. Las reformas de 1991 y 1995 no han introducido un sistema jurisdiccional de control.

En la Unión Europea, el Tratado de Lisboa ha fortalecido los derechos y libertades civiles. No tanto los derechos sociales. La Unión ha ampliado progresivamente sus atribuciones sobre ellos, pero aún de forma muy limitada. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE) no considera a la Carta Social como una parte de la legalidad de la Unión Europea. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE dedica su Título IV a la «Solidaridad», dentro del cual hay sendos artículos sobre la protección de la salud (art. 35) y del medio ambiente (art. 37), en términos muy generales, remitiéndose al derecho nacional y a las políticas de la Unión, respectivamente.

En el ámbito de la ONU, la diferenciación entre derechos individuales y derechos sociales ha sido clara desde que se fundó esa organización internacional en 1945 con la firma de la Carta de las Naciones Unidas en San Francisco. Su sistema de protección de los derechos humanos tiene muchas dimensiones, destacando los dos tratados que ejemplifican la dicotomía entre derechos individuales y derechos sociales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El nivel de protección de los derechos sociales es menor que el que tienen los derechos civiles y políticos. De un lado, se crea el Comité de Derechos Humanos en el Pacto de Derechos Políticos y Civiles, que examina quejas de los Estados contra otros Estados parte; también quejas individuales, según prevé el Protocolo Facultativo que acompañó al Pacto en 1976. De otro lado, el Protocolo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2013 prevé las quejas. El Comité de Derechos Económi-

cos, Sociales y Culturales puede conocerlas y buscar una solución amigable. No obstante, muy pocos Estados han aceptado la competencia del Comité.

La distinción entre las dos categorías de derechos de que estamos hablando se ha proyectado, naturalmente, en las constituciones nacionales. No es de extrañar que la veamos con absoluta claridad en la Constitución española de 1978 (CE). Los derechos civiles y políticos están reconocidos en el artículo 14 y el Capítulo Segundo, Sección primera, del Título I (arts. 15 al 29), que lleva por título: «De los *derechos fundamentales* y de las libertades públicas». Estos «derechos fundamentales» tienen una significación especial y una protección muy poderosa, que expresa visiblemente el artículo 53 CE, el precepto determinante.

El artículo 53 CE garantiza la protección de esos derechos mediante: la reserva de ley para su regulación, que en todo caso debe «respetar su contenido esencial», y la facultad de cualquier ciudadano de recabar la tutela de tales derechos ante los tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario, y ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Esto quiere decir que los derechos fundamentales, con el alcance que les da la norma de la Carta Magna, son invocables directamente ante los tribunales sin necesidad de que se haya producido un desarrollo legislativo del texto de la Constitución.

Si nos movemos hacia los derechos sociales el panorama es muy diferente. Están recogido en el capítulo Tercero del Título I de la Constitución (arts. 39 a 52), y su protección encuentra un límite contundente: sólo pueden ser alegados ante los tribunales ordinarios «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan» (art. 53.3 CE). No hay una aplicación directa de la Constitución a tales dere-

chos porque se interpone el legislador, por mucho que alguna doctrina haya querido forzar la aplicación directa e inmediata de la Constitución a los derechos sociales. No conllevan, por tanto, derechos subjetivos inmediatos para los ciudadanos, alegables ante los tribunales.

Resulta contradictorio y llamativo que un Estado llamado «social» (art. primero de la Constitución), y que haya edificado desde la llegada de la democracia un Estado de Bienestar que merece ese nombre, desproteja constitucionalmente a derechos tan importantes para la vida de las y los ciudadanos como la salud, el acceso a la vivienda, la Seguridad Social o el medio ambiente sostenible. No cabe una aplicación directa —sólo «informarán» la legislación y la práctica judicial— de lo que se expresa en la Constitución bajo la denominación de «principios rectores de la política social y económica».

Es verdad que de lo anterior no puede desprenderse que los principios rectores sean derechos de segunda división. No lo quiso así el constituyente. Los incluyó en el texto de la Constitución. Pero no les concedió un mecanismo de garantías, a pesar de que el propio artículo 9.2 CE manda a los poderes públicos a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». Los derechos sociales son precisamente eso, la efectividad social de la igualdad, más allá de la igualdad ante la ley.

En el siglo XXI el desequilibrio entre la proclamación del Estado Social como aspiración democrática esencial y el vacío o la ausencia de suficientes garantías jurídicas para llenarlo de contenido e impedir retrocesos es insostenible. Y esto es de aplicación a las normas de máximo rango, las normas constitucionales. Por ellas hay que empezar. De

ahí la propuesta que se hace en este trabajo de una reforma de la Constitución española que haga de los derechos sociales auténticos derechos fundamentales.

Nuestra propuesta se centra en cinco derechos sociales que bien podemos calificar de «fundamentales» en la actual sociedad democrática española, que han tenido un desarrollo político y económico importante en España, pero que no tienen en nuestra Constitución esa naturaleza jurídica. Veámoslos.

El derecho a la salud es uno de los que, sencillamente, está mal situado en el texto constitucional. El sistema nacional de salud ha mostrado solidez y solvencia. Ante la pandemia, recientemente. No hay, por tanto, razones para situar «el derecho a la protección de la salud», como lo define el artículo 43.1 CE, por debajo de otros derechos calificados de fundamentales, por relevantes que ellos sean. Hay, pues, que *fundamentalizar* el derecho a la salud, y por ello proceder a reformar el artículo 43.1 en esa dirección. También debe reflexionarse sobre si la redacción del resto del artículo puede mejorarse. Pero lo importante es revestir al derecho a la salud de las garantías que el artículo 53 CE da a los «derechos fundamentales».

El derecho a una pensión adecuada, dentro del sistema de la Seguridad Social, es, sin género de duda, un derecho fundamental. Su carácter de fundamental, por ahora solo «material», hay que convertirlo en «formal» mediante la reforma del artículo 41 y del artículo 53 CE. Este es un derecho cuyo blindaje constitucional viene siendo demandado por múltiples y masivas manifestaciones en nuestro país. Ha sido y es un requerimiento social indudable. Las

pensiones son un bien público que hay que asegurar al máximo nivel jurídico.

Es ya un lugar común, en organismos internacionales y en la Unión Europea, reclamar la *fundamentalidad* para **el derecho al medio ambiente**. El artículo 45.1 CE: dice «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona». Se necesitan pocos argumentos para justificar que tal derecho debiera tener la naturaleza jurídica de fundamental, dado que la tiene socialmente. La sostenibilidad se ha convertido en un elemento principal en cualquier política pública, local o internacional. Por tanto, es imprescindible dotar al derecho al medio ambiente de las garantías procesales y regulatorias que se establecen en el artículo 53 CE para los «derechos fundamentales» establecidos en el Capítulo Segundo, Sección primera del Título I de la Constitución.

El derecho al acceso a la vivienda está definido de modo directo en la Constitución española. Su artículo 47 dice: «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». El acceso a la vivienda, sin el cual es inimaginable una vida digna, es configurado en la Constitución como un derecho, pero no está entre los «derechos fundamentales» y, por tanto, no goza de la protección que se deduce del artículo 53 CE. Esta debilidad en las garantías debe corregirse convirtiendo al derecho al acceso a la vivienda en fundamental dentro de la Constitución.

Junto a los cuatro derechos sociales a que hemos hecho referencia, proponemos incluir **el derecho a la protección de los datos personales** entre los derechos fundamentales, más allá de la regulación limitada e insuficiente, en el fondo y en la forma, del artículo 18.4 CE.

Pocas cosas se han socializado más que todo lo que gira en torno a Internet, las redes sociales y la tecnología digital. Algo diferente y más amplio que el «derecho a la intimidad», que es al que se refiere el artículo 18.4 CE (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000). El acceso a Internet es ya un derecho humano, y afecta directamente a muchos derechos sociales, posibilitándolos. La proliferación o densidad legislativa sobre lo digital, en España y en Europa, hace muy necesario que los derechos asociados a ese ámbito tengan una garantía en el texto constitucional como la que tienen los derechos fundamentales. Por eso proponemos una nueva Disposición Adicional a la Constitución, y una aplicación a la misma del artículo 53 CE, para la adecuada protección de los derechos asociados a la comunicación digital.

La equiparación de los cinco derechos sociales citados a los que la Constitución llama «fundamentales», en cuanto a las garantías expresadas en el artículo 53, es una propuesta que tiene cada vez más apoyo en instancias autorizadas. Un solo ejemplo vale: en las Observaciones adoptadas los días 21 y 22 de marzo de 2018 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dirigidas a España (sexto informe periódico), hay un apartado en el que expone sus «Principales motivos de preocupación». El primero de ellos es la dificultad que existe en nuestro país para lo que llama *justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales, al ser considerados «meros principios de la política social y económica y que por tanto únicamente puedan ser invocados cuando hayan sido desarrollados legislativamente o en relación con otros derechos que cuentan con mayor protección».

Con base en ese criterio, el Comité recomienda a España lo siguiente: «que tome las medidas legislativas pertinentes para garantizar que los derechos económicos, sociales y culturales cuenten con un nivel de protección análogo al que se brinda a los derechos civiles y políticos y para promover la aplicabilidad de todos los derechos consagrados en el Pacto en todos los niveles del sistema judicial, inclusive mediante el recurso de amparo».

El dictamen no admite dudas. Para conseguir el objetivo que señala el Comité es necesario una reforma constitucional, como ya hemos señalado.

Ahora bien, para convertir a los derechos sociales mencionados en «fundamentales» y otorgarles las garantías del artículo 53 CE, no nos parece la mejor vía el trasladar los artículos de la Constitución en cuestión (41, 43, 45, 47 y 52 bis) a la Sección primera del Capítulo Segundo del Título I. Porque eso implicaría tener que acudir al procedimiento agravado de reforma constitucional previsto en el artículo 168 CE, obligado cuando se reforma esa parte de la Constitución.

Esto es un punto esencial. Nuestra recomendación es que la reforma constitucional que sostenemos se realice a través del procedimiento ordinario, establecido en el artículo 167: mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, o, si ésta no se consigue, mayoría absoluta del Senado y tres quintos del Congreso. Podría haber un referéndum de ratificación si lo solicitara una décima parte de los miembros del Congreso o del Senado.

Prescindimos de la hipótesis de una reforma por el procedimiento agravado del artículo 168. Es prácticamente imposible atravesar todos los trámites que esta norma exige, y que pasa por una disolución del Parlamento.

Por ello, la vía que proponemos es la de una reforma de los artículos antes citados sin cambiar su lugar en el texto constitucional, pero remitiéndose al artículo 53 —también reformado— para atribuir a los cinco derechos sociales que hemos señalado las garantías que los llamados «derechos fundamentales» tienen en la Constitución Española: regulación por ley respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE); tutela judicial y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2).

En suma, habría que añadir dos nuevos apartados (3 y 4) al artículo 53, que dijeran lo siguiente:

3. «Los derechos reconocidos en los artículos 43.1, 45.1 y 2, 47.1, 50.1 y Disposición Adicional Quinta gozarán de las garantías establecidas en los apartados 1 y 2 del presente artículo».
4. «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, y no enumerados en el apartado anterior, informarán 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».

EL DERECHO A LA SALUD. ARTÍCULO 43, APARTADO 1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

MARÍA MERCEDES SERRANO PÉREZ
Profesora de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho-Albacete
Universidad de Castilla-La Mancha

PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER
Profesor de la Universidad de Sevilla

Introducción

La Constitución Española, promulgada en 1978, establece los principios y derechos fundamentales que rigen el sistema político y jurídico del país. Uno de los artículos clave de nuestra carta magna es el artículo 43, apartado 1, el cual consagra el derecho a la protección de la salud.

A medida que el tiempo avanza y la sociedad evoluciona, es necesario reflexionar sobre la necesidad de reformar dicho artículo para adaptarlo a las realidades y desafíos actuales. Esta necesidad de reforma se fundamenta en varios aspectos fundamentales.

En primer lugar, la revolución tecnológica y científica ha traído consigo avances significativos en el ámbito de la

salud. El desarrollo de nuevas técnicas médicas, la genética, la medicina personalizada y las terapias innovadoras han transformado el panorama de la atención médica. Por lo tanto, es crucial que el marco legal sea actualizado para abordar estos avances y garantizar el acceso equitativo a los tratamientos y servicios médicos más innovadores y efectivos.

En segundo lugar, el envejecimiento de la población y el aumento de las enfermedades crónicas plantean desafíos específicos para el sistema de salud. La necesidad de cuidados a largo plazo y la sostenibilidad económica del sistema requieren una revisión profunda de cómo se proporciona y financia la atención médica. La reforma del artículo 43, apartado 1, puede permitir la implementación de políticas que promuevan la atención integral a las personas mayores y garanticen la calidad de vida de aquellos con enfermedades crónicas.

Además, la pandemia global de COVID-19 ha destacado aún más la importancia de contar con un marco legal sólido y flexible para hacer frente a emergencias sanitarias. La reforma del artículo 43, apartado 1, podría incluir disposiciones específicas para fortalecer la capacidad de respuesta del sistema de salud frente a futuras crisis y mejorar la coordinación entre las autoridades sanitarias.

En resumen, la necesidad de reformar el artículo 43, apartado 1 de la Constitución Española surge de la evolución de la ciencia y la tecnología médica, el envejecimiento de la población y los desafíos planteados por las enfermedades crónicas, así como la experiencia adquirida durante la pandemia. Una reforma integral y actualizada permitiría garantizar el derecho a la protección de la salud de todos

los ciudadanos españoles de manera más efectiva y acorde con los desafíos del siglo XXI.

I. Justificación jurídico-política de la reforma

El derecho a la salud constituye un núcleo fundamental de prestaciones exigibles ante el Poder Público por parte de la sociedad y, en cuanto prestación, no se resume al mero mantenimiento de un estado de bienestar social al que se refiere parte de la doctrina, entre otros, Benavides, Delclós y Serra¹ y García-Rodríguez².

Como ha evidenciado la pandemia del COVID-19, el derecho a la salud es un elemento fundamental de la constitución del propio Estado y, la negligencia en lo que se refiere este aspecto puede acarrear graves problemas sociales, políticos y económicos.

Sin embargo, como veremos más adelante, la configuración actual del derecho a la salud en la Constitución Española deja un amplio margen de desarrollo de dicho derecho por parte de las Comunidades Autónomas, lo que resulta que al Estado incumbe la implementación de un sistema de fijación de bases, mientras que las Comunidades Autónomas pueden implementar medidas de desarrollo.

¹ BENAVIDES, Fernando G.; DELCLÓS, Jordi, y SERRA, Consol. «Estado de bienestar y salud pública: el papel de la salud laboral», *Gaceta Sanitaria*, vol. 32, pp. 377-380, 2018.

² GARCÍA-RODRÍGUEZ, José Félix, *et al.* «Salud desde una perspectiva económica. Importancia de la salud para el crecimiento económico, bienestar social y desarrollo humano», *Salud en Tabasco*, vol. 23, núm. 1-2, pp. 44-47, 2017.

Así lo establece el Tribunal Constitucional en la STC 137/2013, de 6 de junio:

«(...) la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. Y en la citada Sentencia [STC 32/1983] se señalaba que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir, a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados (STC 80/1984, FJ 1)».

En lo que se refiere a las competencias del Estado en materia de coordinación general de la sanidad, el Tribunal Constitucional, analizando el artículo 149.1 de la Constitución Española en la STC 32/1983, de 28 de abril, ha definido los elementos esenciales de dichas competencias, tal y como pone de manifiesto González-Trevijano³:

³ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro. *El derecho a la salud, una perspectiva de derecho comparado*. Parlamento Europeo, 2021, p. 57.

- a) La competencia de coordinación es distinta a la de fijación de bases (en línea con otras de las competencias delimitadas en el art. 149.1 CE), dado que no siempre que se prevé una competencia de bases, la misma lleva aparejada la coordinación general.
- b) La existencia de una competencia de coordinación general, «presupone lógicamente que haya algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad», que deben ser respetadas.
- c) Es inherente que dicha coordinación corresponde exclusivamente al Estado.
- d) Como conclusión de lo anterior se acuña el concepto de «coordinación general» como «la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario».

Dicha configuración compleja, no solamente en cuanto a la distribución de competencias, sino también en lo que se refiere a la titularidad, prestaciones y demás elementos que configuran dicho derecho, ha obligado el Tribunal Constitucional a desarrollar una extensa doctrina sobre la necesidad de implementación de «un sistema normativo de la sanidad nacional, puesto que los derechos que en tal sentido reconoce la Constitución en los artículos 43 y 51» (STC 32/1983), junto a un deber, por parte de los Poderes Públicos, de ordenar dicho sistema y establecer las prestaciones que componen su núcleo esencial (STC 95/2000, de 10 de abril).

Ocurre, por otro lado, que las desigualdades puestas de manifiesto por el reparto de recursos (que es una cuestión presupuestaria), sumado a las distintas configuraciones y extensión de prestaciones presentes en las normas de desarrollo, así como otros factores como la desigualdad social, generan un bucle de desigualdad y restricción en el derecho a la salud, relacionado que está con el derecho a la vida, a la integridad física y a la dignidad de la persona, como veremos más adelante.

Se trata de una cuestión tan relevante que la Comisión para reducir las desigualdades sociales en salud en España ha recomendado ya en los años 2009 y 2010 la Elaboración, por parte del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, con una periodicidad no superior a cuatro años, un Informe sobre Desigualdades Sociales en Salud en España, con recomendaciones y propuestas de intervención.

Dicha secuencia de informes no se ha elaborado, no obstante nos encontremos con recientes informes como el de la Fundación Foessa (2021), o el Informe España 2021, de la Cátedra José María Martín Patino, que señalan una profundización en la desigualdad social y en el acceso a las prestaciones sanitarias por parte de la población.

Por otro lado, en su informe del ejercicio 2021, el Defensor del Pueblo ha señalado que la pandemia ha agudizado muchas de las carencias que venía arrastrando el Sistema Nacional de Salud (SNS), que ha vivido su peor crisis desde su creación y cuya capacidad asistencial, conformada por los servicios de salud de las comunidades autónomas, se vio, en los peores momentos, superada. La Institución lleva años advirtiendo sobre sus debilidades y deficiencias, entre las que destaca la fragilidad de la atención primaria y de los servicios de urgencias hospitalarios, el problema cró-

nico de las listas de espera, y la insuficiente atención pública a la salud mental.

Además, son también problemas serios, una presión asistencial muy alta, la restricción de algunos servicios, la escasez de profesionales en algunas especialidades y territorios, especialmente en la atención primaria, la desmotivación de los profesionales, el envejecimiento del equipamiento tecnológico y los problemas de mantenimiento de los hospitales, sobre todo los más antiguos.

En este sentido, podríamos decir que el problema de la efectividad del derecho a la salud en nuestro país se encuentra conformado por dos cuestiones fundamentales: por un lado, en lo que se refiere a la desigual configuración de las prestaciones del sistema, que representan una cuestión legal y, por otro, por cuestión de cariz material, que se manifiesta por una distribución desigual de recursos destinados a suplir las necesidades sanitaria de la población.

Por último, y centrándonos en la perspectiva del derecho comparado, parece también imprescindible la implementación de un sistema de tutela procesal del derecho a la salud que permita a los ciudadanos que sufran un agravio configurado por una acción u omisión en el acceso al derecho a la salud acudir directamente a una autoridad administrativa o judicial para exigir la prestación que se le haya denegado.

Sin embargo, antes de profundizar en las cuestiones relativas a la reforma propuesta, parece imprescindible examinar el anclaje constitucional del derecho a la salud que, hemos dicho, reclama una reforma a nivel constitucional capaz de: (i) *igualar las prestaciones sanitarias a nivel nacional*; (ii) *garantizar una distribución material de recursos capaz de reducir las desigualdades regionales* y (iii) *garantizar una tutela efectiva del derecho a la salud*.

II. Encaje jurídico constitucional de la reforma

El artículo 43.1 CE reconoce como derecho la protección de la salud y encomienda a los poderes públicos su organización y tutela, entre otras cuestiones, por medio de las prestaciones y los servicios necesarios. La referencia posterior del precepto remite a una ley que precisará los derechos y deberes de todos en torno a la protección de la salud. La alusión a los poderes públicos implica a los distintos poderes territoriales, en virtud del artículo 148.1. 21.^a CE, que faculta a las Comunidades Autónomas a asumir competencias sobre sanidad e higiene en correlación con el artículo 149.1. 16.^a CE, que reserva para el Estado de modo exclusivo la sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

Esta segunda perspectiva, donde se concreta la implicación del Estado para fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, será la que, con mayor encaje constitucional, pueda servir para fundamentar la consolidación de un mínimo contenido sólido y fuerte en cuanto a la protección de la salud. Esta transformación, al menos, desde la perspectiva del reconocimiento de un núcleo mínimo intangible por mayorías legislativas ocasionales, elevaría el derecho a la protección de la salud, si no a rango fundamental y exigible directamente⁴, circunstancia imposible

⁴ El artículo 53.3 CE señala que «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán 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 su propia naturaleza, sí a esencial y, por tanto, especialmente protegido en torno a ese contenido mínimo que no podría quedar ignorado ni menoscabado.

Bajo esa perspectiva, los principios rectores, donde queda encuadrado el derecho a la protección de la salud, no constituyen solo normas programáticas y vacías cuyo contenido puede ser susceptible de ser desnaturalizado por el legislador, pues entonces su reconocimiento a nivel constitucional sería una burla.

Como dice el Tribunal Constitucional respecto del artículo 53.3 CE «... precepto que impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (SSTC 19/1982, de 5 de mayo, y 14/1992, de 10 de febrero, entre otras). Por tanto, si los principios rectores trasladan su eficacia al nivel interpretativo, también ese papel refuerza el reconocimiento de un reducto inmutable que impida una vulneración de la propia Constitución.

Que el derecho a la protección de la salud constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos es una cuestión innegable, con la protección que de dicha calificación se desprende (artículo 53.3 CE). Ahora bien, sin negar su consideración de principio rector y admitiendo que los elementos para diseñar la protección de la salud pueden aceptar cierta modulación por parte del legislador ordinario, se trata de encontrar un núcleo inamovible relacionado con la prestación en salud que no pueda ser objeto de alteraciones, so pena de vulnerar con ello el derecho de todo ciudadano a la protección de la salud reconocido en el artículo 43.1 CE, al menos en torno a un mínimo vital que ha de quedar protegido en todo caso.

Desde el punto de vista jurídico, se intentaría justificar un mínimo esencial que habría que respetar cuando se legisle sobre el derecho a la salud y que informaría también la práctica judicial y la actuación del poder público. Esta consideración respecto del derecho a la protección de la salud, así como de otros derechos sociales destacados en estas páginas, sopesa la distinción entre unos y otros en la convicción de que algunos de los derechos del Capítulo III del Título I tienen una conexión fuerte con la dignidad humana⁵ y, por tanto, su valoración *cuasi* fundamental merece ser considerada.

Justificar argumentalmente, desde el punto de vista constitucional, la existencia de un mínimo intangible para el legislador ordinario puede resultar más fácil que concretarlo desde la perspectiva material. En el primero de los sentidos, convenimos con Solozábal Echavarría que el derecho a la protección de la salud es un derecho «materialmente» fundamental, por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido y por su estrecha relación con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona⁶.

⁵ ESCOBAR ROCA, G. «Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud», *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, p. 118, 2008.

⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. «Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico», *Documento de trabajo 89/2006 Laboratorio de Alternativas*, 2006.

En un sentido parecido, como indica Pedreira Andrade⁷, el derecho a la protección de la salud constituye un derecho a la personalidad y no una mera declaración programática, de tal forma que se encuentra en íntima interrelación e inescindible conexión con el derecho a la vida y a la integridad física, reconocido como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución española, relaciones ambas que argumentan por sí solas el super valor del derecho a la protección de la salud; de manera que este último es una consecuencia lógica del derecho a la vida y a la integridad física⁸. Aunque sin compartir plenamente su afirmación acerca del valor normativo del derecho a la protección de la salud que, según el autor, «sería plenamente eficaz y podría aplicarse sin intermediación de la ley», pues el tenor del texto constitucional no deja lugar a duda respecto de su consideración como principio rector, categorización que no se pone en duda en estas páginas, si entendemos el derecho a la protección de la salud como una lógica y necesaria prolongación del derecho a la vida.

El ánimo de esta contribución no pretende defender la renuncia a su naturaleza, sino reforzarla a través de las conexiones constitucionales con las que el derecho a la protección de la salud se encuentra relacionado. Dichas conexiones pueden aproximar el derecho a la protección de la salud a su *iusfundamentalidad* material, sin necesidad de

⁷ PEDREIRA ANDRADE, A., «Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud», en *Actualidad Administrativa*, núm. 10, semana 9-15 marzo, 1992, pp. 92, 111 y 114.

⁸ Como afirma DEL REY GUANTER, S. «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 168.

un ejercicio de argumentación complejo. Y en esa línea resulta poco discutible que el derecho a la protección de la salud guarda relación con el derecho a la vida, con el derecho a la integridad física, con el derecho a la intimidad, con los derechos de la personalidad, y en definitiva con la dignidad de la persona. A las relaciones señaladas entre el derecho a la protección de la salud con el elenco de derechos reseñados, relaciones prácticamente naturales, hay que añadir otro elemento jurídico importante. Nos referimos a la configuración del Estado social como Estado comprometido por alcanzar la igualdad real y remover los obstáculos que dificultan su extensión. Aunque, ciertamente, el Estado social no garantiza de forma explícita un nivel mínimo de conquistas sociales, ni recoge una meta determinada sino la actitud permanente para lograr objetivos sociales, existirá un contenido que le da consistencia y que habrá de ser respetado para no dejar la cláusula materialmente vacía, y, por tanto, inservible la referencia al Estado social desde el punto de vista constitucional. La proclamación programática del Estado social, sin más, no sería coherente con una Constitución de la que se predica su carácter de norma jurídica, pese a la salvaguarda del artículo 53.3 CE respecto de los principios rectores. Las metas del Estado social son la consecución de determinados fines dirigidos a mejorar la vida de los ciudadanos⁹, esto es, hacer posible la Constitución también en su vertiente de derechos

⁹ SERRANO PÉREZ, M.^a M. «Marco teórico general de la constitución económica intervencionista del Estado social», *Constitucionalizando la globalización*. García Guerrero; J. L. (dir.), y Martínez Alarcón M.^a L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 750-753.

sociales, tarea¹⁰ que no puede despreciar el Estado social. Todo lo contrario, el Estado debe actuar eliminando o corrigiendo diferencias allí donde no están justificadas y borrando los desequilibrios, y ello como actitud pública permanente. Aunque esta afirmación nos lleva al mismo nudo que la anterior, esto es, averiguar cuál pueda ser ese núcleo duro que, por intocable desde la perspectiva constitucional, se configure como cláusula de intangibilidad material en relación con la protección de la salud, con carácter básico, siendo el resto de los elementos que integran el conjunto maleable desde el punto de vista del pluralismo político¹¹.

Otro apunte más, el Estado social y sus elementos actúan también tanto orientados como delimitados por la configuración del Estado de Derecho y del Estado Democrático, cuestión que desde el punto de vista jurídico constitucional tiene una influencia decisiva en la defensa del derecho a la salud. Por otra parte, la Constitución ha de estar en consonancia con la realidad social a la que se dirige y con el momento temporal concreto, y el jurista constitu-

¹⁰ VILLACORTA MANCEBO, L. «La Constitución como “tarea”, la optimización de los derechos fundamentales como resultado en el Estado del bienestar», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, pp. 231 y ss.

¹¹ Por ejemplo, constituiría un núcleo intocable el reconocimiento de los titulares del derecho a la protección de la salud y la asistencia sanitaria con carácter universal, tal y como se contempla en el Real Decreto 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que deroga la limitación contemplada en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, y que modifica el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

cionalista debe interpretar la Norma para solucionar los problemas, para ser útil a la sociedad con la que ha de convivir, intentado adaptarla a las demandas de los ciudadanos¹².

Para sintetizar, el acotamiento del núcleo duro del derecho a la protección de la salud ha de estar delimitado por varios factores. En primer lugar y como consecuencia del Estado social, la plasmación del derecho a la protección de la salud se concreta como derecho que impone la obligación a los poderes públicos de establecer las prestaciones sanitarias necesarias para no dejar desamparada la protección de la salud, esto es, habría de incluir una serie de facultades directamente relacionadas con la defensa material de la misma. Desde la perspectiva del Estado de Derecho, el derecho a la protección de la salud se articula como parte innegable de la dignidad humana, pero también con la igualdad, como principio, valor o derecho, con el sometimiento al principio de legalidad y el respeto a los derechos fundamentales, con los que guarda una relación de conectividad. La obligación de los poderes públicos, por tanto, no es neutral, pues la intervención del Estado para garantizar el disfrute del derecho a la protección de la salud tiene como límite infranqueable la dignidad del ser humano y el principio de legalidad.

El núcleo esencial del derecho a la protección de la salud será el conjunto de elementos prestacionales que habrá de ser regulado por ley, quizá una ley con una mayoría

¹² En el ámbito de la salud especialmente, CANTERO MARTÍNEZ, J. «La configuración legal y jurisprudencia del derecho constitucional a la protección de la salud», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, 2008, p. 21.

reforzada que logre plasmar un contenido certero y protegido frente a mayorías más reducidas que pretendieran mermarlo. Como la protección de la salud es un derecho de prestación, podemos atribuir al sujeto un haz de facultades que le permitirán hacer efectivo el derecho y, por tanto, a exigirlo ante la jurisdicción correspondiente, en lo que se refiere al núcleo más básico y más directamente relacionado con la vida y la dignidad.

No podemos obviar la repercusión económica que acompaña al derecho a la protección de la salud y, como consecuencia de ello, la necesidad de contar para el desarrollo del derecho con un montante económico importante, que debe ser contemplado en los Presupuestos Generales del Estado.

III. En búsqueda de un marco jurídico aplicable

Si bien es verdad que el derecho a la salud podría tener su efectividad vinculada a un conjunto de facultades que permitan al sujeto llevar a cabo el ejercicio de este derecho mediante actuaciones de carácter administrativo-procesal, también no quedan sombras de duda en cuanto a la conformación desigual establecida por el modelo del artículo 43 de la Constitución Española.

En este sentido, parece indispensable, considerando la ya mencionada iusfundamentalidad del derecho a la salud, pero no podemos obviar que, en el plano europeo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 35 proclama el derecho a la protección de la salud, configurando su naturaleza de Derecho Fundamental.

En realidad, si consideramos que la Carta de Derechos Fundamentales, según dispone el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), integra el denominado Derecho primario la Unión y, por ello, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales, no podríamos llegar a una conclusión diferente a su *iusfundamentalidad*.

También es verdad que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene una norma expresa sobre el derecho a la protección de la salud. Ello, sin embargo, no ha impedido que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya manifestado en diferentes ocasiones sobre dicho derecho¹³.

Todo ello, nos refuerza la necesidad de introducir una reforma capaz de garantizar los tres aspectos antes reseñados, a saber: (i) *igualar las prestaciones sanitarias a nivel nacional*; (ii) *garantizar una distribución material de recursos capaz de reducir las desigualdades regionales* y (iii) *garantizar una tutela efectiva del derecho a la salud*.

Dicha igualdad, proclamada a nivel prestacional, no debería generar grandes impactos en lo que se refiere a los presupuestos de las Comunidades Autónomas, especialmente considerando que, en su mayoría, ya se ofrecen dichas prestaciones, si bien parece indispensable consolidar

¹³ Caso Hatton y otros contra Reino Unido [GC], nº 36022/97, TEDH de 8 de julio de 2003, Caso Asiye Genç c. Turquía [C], nº 24109/07, TEDH de 27 de abril de 2015, caso Centro de Recursos Legales en nombre de Valentin Câmpeanu contra Rumania [GC], nº 47848/08, TEDH de 17 de julio de 2014, Caso Otgon contra República de Moldavia [C], nº 22743/07, TEDH de 25 octubre de 2016.

tales garantías a nivel constitucional y establecer mecanismos de protección.

Así, considerando que la protección de la salud incluye especialmente la atención primaria, la atención especializada, las prestaciones farmacéuticas a las personas necesitadas, la prestación ortoprotésica, los productos dietéticos, el transporte sanitario, los servicios de información de atención sanitaria y la atención bucodental básica, la propuesta a nivel futuro, es que el desarrollo legislativo del artículo 43 contemple dichas prestaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere a la protección, se propone la inclusión de una acción para recabar el cumplimiento de este derecho, inspirada en el procedimiento del artículo 53, apartado 2 de la propia Constitución Española.

IV. Propuesta de reforma del artículo 43, apartado 1 de la Constitución Española

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud, comprendiendo, al menos, las siguientes prestaciones:

- a) la atención primaria;*
- b) la atención especializada;*
- c) las prestaciones farmacéuticas a las personas necesitadas;*
- d) el transporte sanitario;*
- e) los servicios de información de atención sanitaria;*
- f) la protección de datos personales en materia de salud;*

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las presta-

ciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Bibliografía

- BENAVIDES, Fernando G.; DELCLÓS, Jordi, y SERRA, Consol. «Estado de bienestar y salud pública: el papel de la salud laboral», *Gaceta Sanitaria*, 2018, vol. 32, pp. 377-380.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, 2008, pp. 15-53.
- DEL REY GUANTER, Salvador. «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», *Revista Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 168.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo. «Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud», *Revista de derecho político*, 2008, núm. 71-72, p. 118.
- GARCÍA-RODRÍGUEZ, José Félix, *et al.* «Salud desde una perspectiva económica. Importancia de la salud para el crecimiento económico, bienestar social y desarrollo humano». *Salud en Tabasco*, 2017, vol. 23, núm. 1-2, pp. 44-47.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro. *El derecho a la salud, una perspectiva de derecho comparado*, Parlamento Europeo, 2021.
- PEDREIRA ANDRADE, Antonio. «Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud», *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 10, semana 9-15 marzo, 1992, pp. 92, 111 y 114.
- SERRANO PÉREZ, María Mercedes. «Marco teórico general de la constitución económica intervencionista del Estado social»,

Constitucionalizando la globalización, GARCÍA GUERRERO, J. L. (dir.), y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 750-753.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Documento de trabajo 89/2006 Laboratorio de Alternativas, 2006.

VILLACORTA MANCEBO, Luis. «La Constitución como “tarea”, la optimización de los derechos fundamentales como resultado en el Estado del bienestar», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, pp. 231y ss.

EL *MEDIOAMBIENTE*¹ COMO *DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL*. ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN²

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

I. ¿Por qué una reforma o reinterpretación del derecho al medioambiente del artículo 45 de la CE?

El cambio climático y la degradación del medio natural en nuestro planeta es una realidad evidente y constatada por expertos y organismo internacionales que reclama acciones concretas, inmediatas y directas para la protección

¹ Somos conscientes que el artículo 45 CE utiliza la expresión «medio ambiente»; sin embargo, nos hemos decantado, siguiendo las indicaciones de la Real Academia de la Lengua Española, por «medioambiente» que, desde nuestro punto de vista, es más expresiva de la unidad y entidad que reclama la protección de la naturaleza.

² Agradezco a los profesores Ángel Moreno Molina e Isabel Hernández San Juan colegas y amigos de Derecho Administrativo y grandes especialistas en medioambiente, que hayan tenido la gentileza de leer el artículo y aportar sabias sugerencias.

de la vida, la salud y el *medioambiente*³. Por eso, en el ámbito nacional, y desde un punto de vista constitucional, entendemos que la mejor manera de poner en práctica esas acciones concretas y directas sería con una reforma constitucional que estableciese el mayor grado de protección posible al *medioambiente* en el que vivimos. Puesto que somos conscientes que esa reforma constitucional no es fácil, también planteamos una reinterpretación del derecho al *medioambiente* que reconozca su sustancialidad básica para el ejercicio de otros derechos. Es decir, la necesidad de reconocer que el ejercicio de muchos derechos individuales reclama la existencia de un «un mínimo vital ecológico».

La historia constitucional está atravesada de momentos en los que se hace imprescindible ajustar la realidad jurídica a la realidad política. La reforma constitucional es uno de los instrumentos que mejor sirve para asegurar la adaptación de la Norma Fundamental a los nuevos tiem-

³ El Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de UN publica sus informes en la dirección <https://www.ipcc.ch/>. De dichos informes merece la pena ver el publicado el 8 de octubre de 2018 relativo al impacto del calentamiento global y la senda de reducción de gases de efecto invernadero para limitar dicho calentamiento. Puede consultarse, también, el Informe de 2023, *vid.* <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>. En el contexto de los Acuerdo de París de 2015 sobre Cambio Climático y el Pacto Verde Europeo y la Estrategia Europea de descarbonización a 2050, España ha aprobado recientemente la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. En la doctrina, *vid.* por todos, PAREJO ALFONSO, L. «Cambio climático, riesgo social, innovación y derecho». *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 15-16. MORENO MOLINA, A. *El Derecho del cambio climático. Retos, instrumentos y litigios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 38-55.

pos y, así, garantizar la continuidad jurídica del Estado y de la Constitución misma⁴. Acontecimientos como el cambio climático y el deterioro del *medioambiente* hacen urgente la respuesta de nuestras normas constitucionales a la emergencia de preservar el *medioambiente*⁵. El proceso de degradación a marchas forzadas de la naturaleza está cambiando las condiciones para unas condiciones óptimas de vida en nuestro planeta y, además, pone en grave peligro la vida de las generaciones presentes y futuras. Como señalan López Garrido y otros, *la protección del medioambiente se ha convertido en una especie de «imperativo categórico» kantiano que nos obliga a redefinir los derechos medioambientales*. La necesidad imperiosa, existencial, de asegurar, para nosotros y para las generaciones futuras, un planeta sostenible y un modelo energético acorde con éste casa mal con los contenidos y garantías que las constituciones actuales establecen para el *medioambiente*⁶.

Seguramente, como este es un problema global, la mejor solución debería venir de una regulación y unas garan-

⁴ Un ejemplo paradigmático de cómo las mutaciones o las reformas constitucionales son los mejores instrumentos para ajustar la constitución a la realidad política es el caso de los contenidos económicos de nuestra Constitución del 78 que no solo ha requerido reformar el artículo 135 CE para integrar el principio de estabilidad presupuestaria, sino que otros preceptos —v.gr. el 134 CE— han sufrido una mutación en cuanto a las previsiones sobre la regulación del ciclo presupuestario del Estado.

⁵ Por todos *vid.* ESTEVE PARDO, J. *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons (5.ª ed.), Madrid, 2022.

⁶ LÓPEZ GARRIDO, D.; PALACIOS, V., y SARTORIUS, N. «*Constituciones del siglo XXI*», *El País*, 2021, 5 de noviembre.

tías de carácter global⁷. Sin embargo, dado que en el contexto actual la aprobación de una *Constitución de la Tierra* (Ferrajoli) que dé garantías jurídicas para los *bienes fundamentales vitales naturales* como el clima, el agua, el aire y el resto de los elementos naturales que garantizan la vida humana es poco probable, se hace urgente que los Estados y las constituciones nacionales den un nuevo impulso a la protección y garantía de los derechos al *medioambiente*⁸.

La técnica no sería nada novedosa. Recordemos que las constituciones de los Estados dieron sus primeros pasos para el reconocimiento del derecho al *medioambiente* en un contexto internacional de conciencia y sensibilización por la na-

⁷ En este sentido, lo más interesante que se está haciendo en la actualidad a nivel internacional es el Proyecto de *Pacto Mundial* de Naciones Unidas en el marco del cual se pretende elaborar una norma internacional que supere la sectorialización propia del derecho medioambiental. *Vid.* en <https://www.pactomundial.org/>

⁸ El profesor Ferrajoli L., en un trabajo reciente señala que «la humanidad, con su dominio destructivo sobre la naturaleza, está transformándose en una suerte de metástasis que envuelve al planeta, poniendo en riesgo, no a largo plazo, la habitabilidad misma (...) Por eso es necesario y urgente poner fin a esta deriva dando vida a una fase nueva del constitucionalismo que garantice, junto a los derechos fundamentales, cuya lógica individualista y cuyas garantías subjetivas los hacen inadecuados para la tutela de los intereses colectivos, también los bien podemos llamar bienes fundamentales en cuanto vitales -como el agua potable, el aire, el clima, los glaciares y el patrimonio forestal- sustrayéndolos del mercado y a la política mediante la introducción de garantías objetivas como, la institucionalización de un demanio planetario capaz de asegurar su intangibilidad». *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022, pp. 29-30. En este sentido también MARTÍN PALLÍN, J. A. *Los derechos de la tierra*, Escritos Contextatarios, Madrid, 2022.

turaleza allá por los años 70 del siglo pasado. Pues bien, en la actualidad, la Agenda 2030, los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas y el Plan Verde en la Unión Europea son la nueva constatación de que los organismos internacionales, globales o regionales, están especialmente implicados en reforzar la protección del medio natural. Por ello, las constituciones de los Estados y, en este caso, la Constitución española del 78 deberían dar un nuevo paso al frente para mejorar las garantías constitucionales del derecho al *medioambiente* del artículo 45.1 CE.

Aunque como ha expresado la doctrina, nuestro artículo 45 CE tiene especiales vínculos con el artículo 66 de la Constitución portuguesa de 1976 y el artículo 24 de la griega de 1975, la regulación del *medioambiente* en la Constitución española de 1978 es deudora, como decíamos más arriba, de la especial sensibilización internacional que sobre los temas ecológicos se empezó a producir en los años 70 del siglo xx. La primera referencia a la materia la encontramos en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Nueva York, 1966) al establecer que, para la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se debe contribuir «al mejoramiento en todos sus aspectos del medio ambiente» [art. 12.2.b)]. En esa línea, *La Declaración de Estocolmo* (1972), en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en su Principio 1.º, dice que *El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a adecuadas condiciones de vida, en un medio ambiente de calidad, que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las presentes y las futuras generaciones.*

En el ámbito europeo, el origen está en la *Declaración de la Cumbre de la Comunidad Económica Europea* (19-20 de 1972) en la que, entre sus conclusiones, el punto 8º dice que «*Los Jefes de Estado y de Gobierno subrayan la importancia de una política del medio ambiente en la Comunidad. Con este fin, invitan a las instituciones de la Comunidad a establecer, antes del 31 de julio de 1973, un programa de acción ajustado a un calendario preciso*». A raíz de dicho comunicado, los ministros del ramo en la reunión de Bonn del 31 de octubre de 1972, aprueban los 8 principios que debían sustentar la política medioambiental de la Comunidad⁹. Desde entonces, además de introducir el Acta Única Europea (1987) un nuevo título sobre medio ambiente que ha ido reforzándose en las sucesivas reformas hasta el Tratado de Lisboa (2009), se han formulado programas de acción plurianuales en materia de medioambiente que fijan futuras propuestas legislativas y ob-

⁹ 1. Evitar, desde un principio, la creación de contaminación o de perturbaciones en vez de combatir sus efectos ulteriormente. 2. Tener en cuenta la incidencia de todos los procesos técnicos de planificación y decisión sobre el medio ambiente. 3. Evitar toda explotación de los recursos y del medio natural que entrañen daños sensibles para el equilibrio ecológico. 4. Mejorar el nivel de los conocimientos científicos y tecnológicos en la Comunidad, con el fin de que pueda adoptarse una acción eficaz para la preservación y mejora del medio ambiente y de lucha contra la contaminación y las perturbaciones. 5. Los costes ocasionados por la prevención y la supresión de las perturbaciones de los daños incumbirán, por principio, al causante de la contaminación. 6. Cuidar que las actividades realizadas en un Estado no produzcan la degradación del medio ambiente en otro Estado. 7. Tener en cuenta los intereses de los países en vías de desarrollo. 8. La eficacia de los esfuerzos para fomentar una investigación y una política a escala internacional y mundial en materia de medio ambiente se verá reforzada mediante una concepción clara y a largo plazo de una política europea en este ámbito.

jetivos para la política medioambiental de la Unión. La Unión Europea ha aprobado su octavo programa de acción en materia medioambiental hasta 2030 mediante la Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022 relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030¹⁰.

¹⁰ El Pacto Verde Europeo tiene como objetivo que Europa sea climáticamente neutra y proteger nuestro hábitat natural en beneficio de las personas, el planeta y la economía. Se ha de conseguir: ser climáticamente neutra en 2050; proteger la vida humana, los animales y las plantas reduciendo la contaminación; ayudar a las empresas a convertirse en líderes mundiales en productos y tecnología limpios y contribuir a garantizar una transición justa e integradora. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1576150542719&uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>. Recientemente se ha renovado el Programa LIFE para implementar el «Pacto Verde» que declara que con el fin de alcanzar los objetivos establecidos por la legislación, las políticas y los planes en materia «de medio ambiente y clima, y los pertinentes en materia de energía, en particular los objetivos que figuran en la comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2019, titulada «El Pacto Verde Europeo» (en lo sucesivo, «Pacto Verde Europeo»), y los compromisos internacionales de la Unión en la materia, el Programa LIFE debe contribuir a una transición justa hacia una economía sostenible, circular, energéticamente eficiente, basada en energías renovables, climáticamente neutra y resiliente frente al cambio climático; debe contribuir a la protección, la recuperación y la mejora de la calidad del medio ambiente (incluidos el aire, el agua y el suelo) y de la salud, y a frenar e invertir la pérdida de biodiversidad, entre otros modos, apoyando la aplicación y la gestión de la red Natura 2000, y combatiendo la degradación de los ecosistemas, ya sea a través de intervenciones directas o apoyando la integración de dichos objetivos en otras políticas». Reglamento (UE) 2021/783 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece un Programa de Medio Ambiente y Acción por el Clima (LIFE) y se deroga el Reglamento (UE) n.º. 1293/2013. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80626>.

Por otro lado, la especial vinculación entre las condiciones del *medioambiente* y derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud o la inviolabilidad del domicilio, ha sido reconocida por parte del TEDH desde hace ya muchos años. Sin entrar en muchos detalles en este momento, recordemos el asunto *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, relativo a la instalación de una depuradora municipal de aguas y residuos químicos en el municipio de Lorca, en el que el Tribunal de Estrasburgo llega a decir en su sentencia que «no es necesario mencionar, sin embargo, que los daños graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de tal modo que su vida privada y familiar se vea perjudicada, sin por ello poner en grave peligro la salud de la interesada». Es decir, que más allá de la cicatera interpretación que nuestro Tribunal Constitucional ha hecho sobre el artículo 45 de la CE, en la jurisprudencia internacional se ha conformado un vínculo entre el *estado de la naturaleza* y los derechos de las personas que solapa el contenido de los derechos fundamentales (Capítulo II) con derecho al *medio ambiente* (Capítulo III) que se ve reforzado con el cambio climático.

Pues bien, si nuestro artículo 45 CE está tan estrechamente vinculado al surgimiento de la conciencia medioambiental de su tiempo (años 70), en un momento como el presente, en el que la defensa y protección del medio y el uso sostenible de los recursos naturales se ha convertido en una «emergencia global», lo lógico es que una propuesta de reforma constitucional siga ese mismo camino y se ajuste a la especial importancia que el *medioambiente* y el cambio

climático tiene en el derecho internacional y el derecho europeo¹¹.

II. Breve referencia al marco internacional y de la Unión Europea en materia medioambiental

Como decíamos, el documento político global que marca el camino a seguir medioambientalmente en los próximos años son los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS) de Naciones Unidas. La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, como es conocido, se adoptó el 25 de septiembre de 2015, entró en vigor el 1 de enero de 2016 y se da un plazo de 15 años para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad de las personas. Estamos ante un documento que pretende ser un instrumento para la lucha a favor del desarrollo humano sostenible en todo el planeta y, para ello, define 17 objetivos, los denominados «Objetivos de Desarrollo Sostenible», que contienen a su vez 169 metas, entre las que se incluyen temáticas clásicas de las agendas de desarrollo, tales como la pobreza, el hambre o la desigualdad, pero también otras (agua y saneamiento, crecimiento económico, infraestructuras, cam-

¹¹ Si importantes han sido los cambios en declaraciones de derecho internacional, no menos son otras desarrolladas en el ámbito de constituciones nacionales latinoamericanas como la boliviana de 2009 y la ecuatoriana de 2008 que han llegado a dar forma jurídica a la protección global de la Tierra. En esa línea, puede consultarse el estudio *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/16011>

bio climático, energía, biodiversidad, género, etc.), relacionadas con el medioambiente¹².

Desde el punto de vista del Derecho internacional, como ya hemos señalado, la declaración de carácter mundial más clara en favor del derecho al *medioambiente* es la Declaración de Estocolmo (1972). También, en esa línea, el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Informe Brundtland, 1987) que incluye varios principios *medioambientales* y entre los que se recoge que «todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar», además de acuñar el concepto de «desarrollo sostenible». En este mismo sentido, la Declaración de Río de 1992 reconoce que el *medioambiente* limpio y saludable es un componente de otros derechos fundamentales de la persona; la Declaración producida en Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (4 de septiembre de 2002) que estableció los tres pilares del desarrollo sostenible: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental. En el correspondiente Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, los Estados reconocieron la consideración que se debe prestar a la posible relación entre el medio ambiente y los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo¹³.

¹² Sobre los Objetivos del Desarrollo Sostenible y sus efectos en el Estado social *vid.* JIMÉNEZ QUESADA, L. «El constitucionalismo social y los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS)», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, enero-junio, 2019.

¹³ Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, adoptado durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20, párr. 5.

En esta línea de vincular el medio ambiente al disfrute de otros derechos hacedores de la dignidad de la persona como la salud, la vivienda digna, la integridad física y psíquica es en la que se han fijado las declaraciones internacionales para establecer que un medio ambiente saludable es consustancial a la consecución de los objetivos de la Carta Internacional de los Derechos Humanos. En esa misma línea, el Acuerdo de París (2015) para combatir el cambio climático y el calentamiento global, apunta que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes respetan y promueven sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo (...). La declaración más significativa que cierra, hasta ahora, este importante número de manifestaciones internacionales en defensa del medio ambiente es la Resolución 76/300 —28 de julio de 2022— de la Asamblea General de Naciones Unidas, que reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Reconociendo que dicho derecho humano está estrechamente relacionado con el resto de los derechos humanos y es consustancial para el goce efectivo de ellos. Por ello, la Resolución «exhorta a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas con el fin de intensificar los esfuerzos para garantizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para todos».

Por su parte, en el Derecho de la Unión Europea, el *medioambiente* cuenta con unos estándares de protección de los más altos existentes en el mundo. Esa estrategia de protección, desarrollada desde las iniciativas tomadas en los años 70, se ha consolidado desde el convencimiento de que la protección del *medioambiente* es la mejor manera de ayudar al desarrollo económico sostenible, a la protección de los recursos naturales y a la preservación de la salud y bienestar de los ciudadanos de la UE.

Desde la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, la protección medioambiental figura tanto en el Tratado de la Unión Europea (art. 3 del TUE) como en el Tratado de Funcionamiento de la UE (arts. 11 y 191 a 193 TFUE). En dichos Tratados, el *medioambiente* es una de las competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros. También, el medio ambiente se encuentra regulado en el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad». Es verdad que, pese a su integración en la Carta, no se trata de un verdadero derecho sino de un principio basado en los preceptos de los Tratados antes citados y la tradición constitucional de los Estados. No obstante, como decíamos más arriba, el nivel de protección medio ambiental en la normativa comunitaria es tan extensa y detallada que, como ha señalado Ruiz-Rico, «el grado de desarrollo regulativo que se ha alcanzado tanto a nivel legislativo como en la esfera administrativa o reglamentaria, obliga a pensar que los límites a esa compartimentación —derechos civiles y políticos frente a

derechos sociales— a los efectos de «justiciabilidad» ha empezado a desaparecer»¹⁴.

III. El concepto y la naturaleza constitucional del derecho al *medioambiente* (art. 45 CE)

El debate sobre el derecho al *medioambiente* ha sido tan intenso durante todos estos años que hasta el propio

¹⁴ Breve nota sobre normativa europea medioambiental: **Calidad del aire:** Directiva 2008/50/CE, Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa. **Ruido:** Directiva 2002/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. **Organismos modificados genéticamente:** Directiva 2009/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente. **Gestión de residuos:** Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE. **Evaluación medioambiental:** Directiva 2011/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. **Daño medioambiental:** Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales y Directiva 2008/99/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Información extraída de <https://www.iberley.es/temas/normativa-europea-medio-ambiente-64613>. RUIZ-RICO RUIZ, G. «Una identidad ambiental europea de alta calidad y en construcción desde la esfera constitucional y supranacional». En la obra de AA.VV. *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*. García Roca, J. (coord.), y Bustos Gisbert, R. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, p. 313.

concepto «*medioambiente*» ha sido objeto de discusión. Puesto que ese no es el asunto central de este estudio, nos limitamos a dar dos definiciones ampliamente utilizadas que sirvan para saber de qué estamos hablando: la primera, de la sentencia 102/1995 del Tribunal Constitucional, que dijo que *el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno (...) ha sido configurado, desde una perspectiva netamente jurídica, como la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades*. La segunda, de la normativa de la Unión Europea, que lo ha definido como *la combinación de elementos cuyas complejas interrelaciones constituyen la configuración, el entorno y las condiciones de vida del individuo y de la sociedad, como son o como son sentidas*.

Es decir, el *medioambiente* es un concepto que integra en una unidad diversos componentes naturales que están o pueden estar en peligro y que son esenciales para la pervivencia del planeta y de la vida humana con dignidad y de sus derechos. Por ello, las previsiones legales en todos los niveles, universal, europeo, nacional, regional o local se asocian con estrategias de «protección» que llegan no solo a reclamar la acción de los poderes públicos, sino también de los individuos que disfrutan de él, al punto de regularse como un derecho-deber¹⁵.

¹⁵ En este sentido, el profesor Parejo Alfonso, haciéndose eco del Pacto Global por el Medioambiente de Naciones Unidas, señala

Lo verdaderamente importante para nuestro trabajo es dejar bien sentada la naturaleza jurídico constitucional del derecho al *medioambiente*. Responder a esa pregunta nos reclama reconocer en qué modelo constitucional de derechos se integra nuestro Texto fundamental. Pues bien, hemos de decir que tanto la clasificación de los derechos fundamentales que hace nuestra Constitución, como el grado de garantía que sobre ellos se reconoce respecto de otros «derechos» —*principios rectores de la política social y económica*— se construyó sobre una filosofía que reafirmaba la preponderancia del individuo, sus derechos y propiedades sobre una sociedad estamental (siglo XVIII) que claramente ha sido sobrepasada por los tiempos. No lo olvidemos, que la subjetividad fue el fundamento del estado liberal mediante el cual se construye el Estado de Derecho. Por supuesto, de ese modelo es heredera la regulación de derechos fundamentales de la Constitución española de 1978 y, por extensión, la jurisprudencia de tutela de éstos por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la globalización, el desarrollo tecnológico, el cambio climático y las nuevas amenazas a la humanidad (calentamiento global, deforestación, migraciones, desertificación, escasez de agua potable, etc.) están produciendo un cambio de paradigma

que el derecho-deber medioambiental «es de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y desarrollo; y el deber es el de todo Estado o instituciones internacionales y toda persona de cuidar ese medio ambiente en función de sus posibilidades». PAREJO ALFONSO, L. «El derecho a un medio ambiente sano o saludable en el derecho internacional», *Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030*. Aguila, Yann (ed.); Perales, Carlos de Miguel; Tafur, Víctor, y Parejo, Teresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 24.

que, desde el punto de vista jurídico constitucional, reclama dar más importancia a *bienes vitales fundamentales* que hasta ahora no se consideraban centrales por no formar parte del ámbito subjetivo de los individuos. Dicho cambio y la necesidad de incorporar esos nuevos derechos no sería nada nuevo. Recordemos, por ejemplo, que el derecho a la vida expresamente regulado no aparece en las constituciones de los Estados hasta pasada la Segunda Guerra Mundial comprobado el manifiesto desprecio por ella, así como por la integridad física y moral, que produjo el nazismo.

En ese sentido, desde hace años, la doctrina ha empezado a alzar la voz para reclamar la *indivisibilidad e interdependencia* de todos los derechos constitucionalizados¹⁶. Ni los argumentos del mayor coste de los derechos sociales, ni la mayor vinculatoriedad de los derechos políticos y de libertad al individuo son razones suficientes para diferenciar, en cuanto a sus garantías, unos derechos de otros¹⁷. Más

¹⁶ Vid. por todos. REY MARTÍNEZ, F. «Derribando falacias sobre derechos sociales». En *Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España*. Cascajo Castro, José Luís (coord.); Terol Becerra, Manuel; Domínguez Vila, Antonio, y Navarro Marchante, Viente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 633-642.

¹⁷ Como señaló hace años GOMES CANOTILHO, «El problema actual de los «derechos sociales» (Soziale Grundrechte) o derechos de prestación en sentido estricto (Leistungsrechten im engeren Sinne) está en «tomarnos en serio» el reconocimiento constitucional de derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al ambiente. Independientemente de las dificultades (reales) que suscita un tipo de derechos subjetivos en los que falta la capacidad jurídica (= poder jurídico, competencia) para obtener su efectividad práctica (= accio-

bien al contrario, la integración de todos ellos —los derechos políticos, los de libertad y los sociales— es la mejor manera de evitar que la dignidad de la persona y su desenvolvimiento en sociedad quede cercenada o cuestionada para una parte de la población. Si además anotamos, que respecto del *medioambiente* estamos ante un derecho *reaccional*, en el sentido de que ante las intromisiones que afecten al *medioambiente* se requiere la intervención de la administración para preservar o prevenir los daños al equilibrio ecológico¹⁸, que admite su disfrute de forma *colectiva*¹⁹ y que su conculcación afecta a la vida humana presente y futura, resulta que estamos ante un bien jurídico básico y sustancial, no solo para el futuro del planeta, sino también para el pleno ejercicio de los clásicos derechos subjetivos (vida, integridad física y moral, intimidad, derecho al

nabilidad), no podemos considerar como un simple «aleluya jurídico» (C. Schmitt) el hecho de que las Constituciones (como la portuguesa de 1976 y la española de 1978) consideren ciertas posiciones jurídicas de tal modo fundamentales que su garantía o no garantía no pueda ser dejada a los criterios (incluso al arbitrio) de simples mayorías parlamentarias». GOMES CANOTILHO, J. J. «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núm. 1, 1988, pp. 247-248.

¹⁸ En este sentido, ESCOBAR ROCA. «El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho*, Año. LII, núm. 618, marzo, 1996, pp. 2137-2143.

¹⁹ Para MARTÍN MATEO, R. «los derechos subjetivos son derechos de cuño individualista y antrópico, mientras que el derecho ambiental tiene un *substratum* intrínsecamente colectivo y naturista que pretende proteger al hombre desde luego, pero también al medio terráqueo en cuanto tal». *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991.

disfrute de la vivienda, etc.). Esta última «relación cruzada entre derechos» sociales e individuales que apuntara hace años Martín Retortillo²⁰ ni tan siquiera se puede considerar una argumentación «revolucionaria», puesto que ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha acogido en sus sentencias desde los años 90 del siglo pasado.

Como es bien sabido, el *leading case* en intromisiones medioambientales en la vida privada, familiar y domiciliaria es el *caso López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994²¹. En dicha resolución el Tribunal de Estrasburgo concluye que la inmisión de malos olores de una depuradora en la vivienda de la demandante de forma reiterada y persistente donde, además, se ha demostrado una relación de causalidad entre esas inmisiones y los daños causados, es contraria a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 8.1 del CEDH. Para ello, el Tribunal hace una contextualización del derecho a la inviolabilidad del domicilio señalando que «la vulneración del derecho al respeto del domicilio no se circunscribe a las vulneraciones concretas o físicas, como la irrupción no autorizada de otra persona en su domicilio, sino que también incluye agresiones

²⁰ MARTÍN RETORTILLO, L. *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea*, Thomson Civitas, Madrid, 2006. También en «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, pp. 727 y ss.

²¹ Es cierto que el TEDH ya se había pronunciado sobre los efectos de emisiones de ruidos en el entorno domiciliario y familiar, pero sin declarar la violación del derecho por razones de proporcionalidad entre la intromisión y los efectos en el interés general. *Caso Powell y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990.

inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores y otras injerencias». Por lo tanto, toda «contaminación directamente causada por el Estado, o que la responsabilidad de éste se desprenda de la ausencia de una normativa adecuada de la actividad del sector privado», daría lugar a la conculcación del artículo 8 del CEDH²². La conclusión a la que podemos llegar, analizada esta jurisprudencia, es que el Tribunal de Estrasburgo utiliza derechos regulados en la Convención —v.gr. intimidad domiciliaria— para conseguir la vinculación de la protección del *medioambiente* al contenido de los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo dice que *es evidente que atenta-*

²² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido y aquilatado esta jurisprudencia en un buen número de sentencias a lo largo de los años siguientes. Por todas, *vid. Caso Giacomelli c. Italia*, de 2 de noviembre de 2006 donde se considera que la contaminación provocada por una planta de tratamiento de residuos industriales tóxicos de propiedad privada, construida a treinta metros del domicilio de la demandante, violó el artículo 8. El *Caso Fadeieva c. Rusia*, de 9 de junio de 2005, donde entiende que las autoridades habían infringido el derecho al respeto del domicilio y de la vida privada de la demandante, al no haberle ofrecido una solución efectiva para ayudarle a alejarse de una «zona de seguridad sanitaria» alrededor de la empresa siderúrgica más grande de Rusia, donde estaba expuesta a una fuerte contaminación y a emisiones químicas peligrosas. El *Caso Brânduse c. Rumanía*, de 7 de abril de 2009, por el que entiende que las molestias olfativas de un vertedero situado al lado de una prisión que llegaban hasta la celda de un recluso, considerada como el único «espacio de vida» a su disposición durante varios años, estaban comprendidas dentro del derecho a la vida privada y familiar. *Caso Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004, sobre la violación del artículo 8 de Convenio por la falta de regulación de los niveles de ruido de una discoteca ubicada cerca del domicilio del demandante.

*dos graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin que al mismo tiempo se ponga en grave peligro la salud de la interesada*²³.

Sin embargo, la proyección de esta jurisprudencia europea en el ámbito constitucional español no ha llevado a considerar el derecho al *medioambiente* un derecho y, mucho menos, un derecho fundamental —somos conscientes que el TEDH tampoco ha dicho que el *medioambiente* es un derecho fundamental tutelado por el CEDH—. El Alto Tribunal reconoce en el fundamento jurídico 4.º de la 119/2001, de 29 de mayo, que la exposición continuada a contaminación acústica o medioambiental puede implicar una vulneración del derecho a la integridad física o moral (art. 15 CE). En el mismo sentido, el Tribunal señala que dicha exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido ha de merecer la protección dispensada al derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario (art. 18.1 CE). Ahora bien, también el Tribunal se encarga de señalar, en su fundamento jurídico 5º, que el recurso de amparo se plantea exclusivamente si el nivel de ruidos padecidos en su domicilio por la demandante reviste gravedad para entender vulnerados los derechos antes citados y deja al margen las alusiones referidas a la degradación del *medioambiente* circundante, cuestión reconducible a la es-

²³ De entre los muchos comentarios que dio lugar la Sentencia del TEDH *vid.* por todos, SIMÓN YARZA, F. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 291-315. También JIMÉNEZ QUESADA, L., y TOMÁS MALLÉN, B. S. «El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho*, Año LII, núm. 618, marzo, 1996.

fera propia del artículo 45 CE²⁴. Es decir, que el Tribunal Constitucional, aunque reconoce que el «ruido en su vertiente medioambiental» puede tener unos efectos perjudiciales para las personas que a él se ven expuestos eso no le llega a reconocer que esa situación pueda dar lugar al reconocimiento del medio ambiente como un derecho tutelable en amparo. Luego, para el Tribunal Constitucional, las acciones u omisiones, públicas o privadas, que puedan comportar desconocimiento de las previsiones del artículo 45 CE no pueden ser objeto de tutela sino es en los términos que las leyes establezcan²⁵.

Dicho razonamiento se sustenta teniendo en cuenta que el artículo 45.1 CE forma parte del Capítulo III del Título I, sobre *los principios rectores de la política social y económica* que establece que *el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán 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*. El resultado al que se ha llegado, por la mayoría de la jurisprudencia constitucional y la doctrina, ha sido una interpretación formal de precep-

²⁴ En el mismo sentido los fundamentos 3 y 4 de la sentencia 16/2004, de 23 de febrero.

²⁵ A lo largo de los años los trabajos de la academia en esa tesis clásica de consideración como principio rector ha sido muy abundante, *vid.* por todos, LÓPEZ MENUDO, F. «El derecho a la protección del medio ambiente», *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 10, septiembre-diciembre, 1991. DELGADO PIQUERAS, F. «Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, mayo-agosto, 1993.

to por la que, al menos a primera vista, se entiende que para que se pueda activar cualquier garantía jurisdiccional se requiere su desarrollo legal (STC 199/1996). También entiende esa doctrina que esos «derechos» no *vinculan* directamente a los poderes públicos, aunque sí *informan* su actuación (STC 31/2010). En la misma línea, entienden que no cuentan con un *contenido esencial*, no cabe la protección mediante el recurso de amparo ni se puede recabar su protección ante la Jurisdicción ordinaria, salvo que sea en los términos que establezcan las leyes²⁶.

Desde luego, la legislación sectorial sobre *medioambiente* no ha sido muy activa en cuanto a la habilitación de los particulares para accionar ante los tribunales frente a atentados de esta naturaleza, salvo que se vean directamente afectados. Recordemos que el Convenio Aarhus (1989) establece en su artículo 9.3 que *cada Parte velará por que los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulnere las disposiciones del derecho medioambiental nacional*. Sin embargo, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que traspone las directivas 2003/4/CE y

²⁶ Como señalara en una temprana interpretación del Capítulo III del Título I de la Constitución Jiménez Campo, *En el Capítulo Tercero del Título I no hay derechos subjetivos; derechos que, caso de existir allí, deberían merecer la calificación de constitucionales o fundamentales, reservada por la Constitución (art. 53.1) para los proclamadas en otros preceptos*. JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 123.

2003/35/CE²⁷ que, a su vez, habían integrado el Convenio Aarhus al derecho europeo, establece en el artículo 20 que el público que considere que una autoridad pública ha vulnerado sus derechos de información o de participación pública puede interponer un recurso administrativo y, en su caso, un recurso contencioso-administrativo. Es decir, el legislador español ha reconocido que si una autoridad pública ha vulnerado los derechos de información o participación en materia *medioambiental* podrá interponerse un recurso administrativo y, en su caso, contencioso-administrativo. Sin embargo, el legislador español (art. 22) excluye del control mediante la acción popular de las actuaciones u omisiones de particulares que vulneren leyes creadas para proteger el medio ambiente, reduciendo considerablemen-

²⁷ Como es sabido el Convenio de Aarhus regula el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998. Sin embargo, la Unión Europea desarrolló dicho convenio mediante la Directiva 2003/4/CE, 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. La Directiva de 26 de mayo de 2003 por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo. Sin embargo, no se llega a aprobar una Directiva para regular el acceso a la justicia. Sobre el acceso a la justicia en el ámbito de las competencias de la Unión Europea ver el Reglamento de 6 de septiembre de 2006 relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

te el contenido del derecho al acceso a la justicia previsto en el apartado 9.3 del Convenio Aarhus²⁸.

Pues bien, como señalábamos más arriba, la graduación de derechos establecida en el artículo 53 de la CE tiene sentido en un Texto Fundamental donde el contenido individual y subjetivo para el reconocimiento de derechos es lo esencial. Sin tener en cuenta que pueden existir bienes de carácter natural cuya conculcación no solo pueden afectar a la vida, salud e inviolabilidad domiciliaria, sino que atenta contra las expectativas de vida de las generaciones futuras y la existencia misma del planeta en condiciones naturales de habitabilidad. Puesto que el *medioambiente* se ha convertido en un *bien natural esencial* y así está siendo reconocido en todos los organismos internacionales (ONU, UE o el «Protocolo de San Salvador» de 16 de noviembre de 1999 al «Pacto de San José») lo lógico es que nuestra Constitución lo reconozca como tal y le otorgue el valor de *derecho social fundamental*. Veamos los argumentos en favor de esta tesis.

²⁸ Sobre el Convenio Aarhus y el acceso a la justicia en materia medioambiental. *Vid.* EMBID IRUJO, A. «El acceso a la justicia en materia ambiental en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pp. 1207-1229.

IV. El derecho al *medioambiente* como derecho *social fundamental*²⁹ en la Constitución Española de 1978

La incorporación del *medioambiente* al catálogo de derechos fundamentales vendría a integrarse en esa línea de textos fundamentales europeos que refuerzan el valor constitucional de los derechos *medioambientales* que puso en marcha en 2004 Francia con la aprobación de la *Carta del Medio Ambiente*. Dicha Carta se incorpora mediante una adición en el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1958 donde se dice que desde entonces: *el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos Humanos y a los principios de soberanía nacional definidos por la Declaración de 1789, confirmada y complementada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004*. Además, la Carta ha sido reconocida con valor constitucional por el Consejo Constitucional francés (Sentencia n.º 2008-564 DC de 19 de junio de 2008)³⁰. Como

²⁹ Sobre el concepto *derechos sociales fundamentales*. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. «Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales». Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, núm. 19, 2015, pp. 115-140. ESCOBAR ROCA, G. «Derechos sociales fundamentales y derecho a la salud», *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 71-72, enero-agosto, 2008, pp. 113-148

³⁰ CARTA DEL MEDIO AMBIENTE. El pueblo francés, Considerando: Que los recursos y los equilibrios naturales han condicionado la emergencia de la humanidad. Que el futuro y la propia existencia de la humanidad son indisolubles de su medio natural. Que el medio ambiente es patrimonio común de todos los seres humanos. Que el hombre ejerce una creciente influencia en las con-

ha señalado Ruiz-Rico, *la Carta del Medio Ambiente supone un verdadero salto cualitativo para la construcción europea de un modelo de constitucionalismo, donde el principio ambiental —y derivados específicos— empieza a actuar con un nivel*

diciones de la vida y en su propia evolución. Que la diversidad biológica, el desarrollo de la personalidad y el progreso de las sociedades humanas se ven afectados por ciertos modos de consumo o producción y por la explotación excesiva de los recursos naturales. Que la preservación del medio ambiente debe perseguirse al igual que los demás intereses fundamentales de la Nación. Que, con el fin de garantizar un desarrollo sostenible, las opciones adoptadas para responder a las necesidades del presente no deben comprometer la capacidad de las generaciones futuras y de los demás pueblos para satisfacer sus propias necesidades. Proclama lo siguiente: Artículo 1. Cada uno tiene el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso de la salud. Artículo 2. Toda persona tiene el deber de participar en la preservación y la mejora del medio ambiente. Artículo 3. Toda persona debe, en las condiciones definidas por la ley, prevenir las alteraciones que es susceptible de provocar en el medio ambiente o, en su defecto, limitar sus consecuencias. Artículo 4. Toda persona debe contribuir a la reparación de los daños que cause al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley. Artículo 5. Cuando la producción de un daño, aunque incierta en el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible al medio ambiente, las autoridades públicas velarán, mediante la aplicación del principio de 1 precaución y en sus ámbitos de competencia, por la implantación de procedimientos de evaluación de riesgos y la adopción de medidas provisionales y proporcionadas con el fin de prevenir la producción del daño. Artículo 6. Las políticas públicas deben promover un desarrollo sostenible. A estos efectos, conciliarán la protección y mejoramiento del medio ambiente con el desarrollo económico y el progreso social. Artículo 7. Toda persona tiene el derecho, en las condiciones y límites definidos por la ley, de acceder a los datos relativos al medio ambiente que posean las autoridades públicas y de participar en la elaboración de las decisiones públicas con incidencia en el medio

*de efectividad jurídica equiparable al que tradicionalmente se ha dotado a los derechos civiles y políticos*³¹.

Dicha opción se ajusta a nuestro sistema político y constitucional frente aquellos modelos rupturistas que apuestan por el reconocimiento de derechos y personalidad jurídica a la Naturaleza en un «nuevo mundo» donde, desde una cosmovisión los derechos de la Naturaleza y el «Buen Vivir», se llegaría a un modelo político y constitucional biocéntrico o ecocéntrico *«que se basa en una perspectiva ética alternativa, al aceptar valores intrínsecos en el entorno. Todos los seres, aunque no sean idénticos, tienen un valor ontológico aun cuando no sean de utilidad para los humanos. En este contexto, la doctrina hace hincapié también en la modificación del concepto de ciudadanía que deja de ser «simplemente» individual/liberal y se convierte en colectivas y comunitarias: unas «meta-ciudadanías ecológicas»*³². Baste

ambiente. Artículo 8. La educación y la formación en el medio ambiente deben contribuir al ejercicio de los derechos y deberes definidos en la presente Carta. Artículo 9. La investigación y la innovación deben aportar su concurso a la preservación y mejoramiento del medio ambiente. Artículo 10. La presente Carta inspira la acción europea e internacional de Francia. Sobre el valor constitucional de la Carta, *vid.* MATHIEU, B. «La Constitution et l'environnement», 2003, pp. 245 y ss.

³¹ RUIZ-RICO RUIZ, G. «Una identidad ambiental...», *op. cit.*, p. 315.

³² *Vid.* PAVANI, G. «Los derechos de la Naturaleza, el territorio y la plurinación». En la obra de AA.VV. *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. (Eds.) Estupiñán Achury, L; Estorini, Cl., y otros. <https://repository.unilivre.edu.co/handle/10901/16011>. Estas tesis han ilustrado las reformas constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) y, en parte, podemos encontrarlas en la Proposición de Ley *para el Reconocimiento de Per-*

para comprobar ese comunitarismo que lleva a la disolución del ser humano en la naturaleza el Preámbulo de la Constitución ecuatoriana de 2008 en el que dice «*Celebrando a la naturaleza de la que somos parte...*»³³. Pues bien, esta tesis ha trascendido del «nuevo» constitucionalismo latinoamericano» y ha llegado a nuestra legislación de la mano de la Ley de protección del Mar Menor. En dicha norma se dice —art. 2.2.a)— que el Mar Menor tendrá «*derecho a existir y a evolucionar naturalmente: el Mar Menor está regido por un orden natural o ley ecológica que hace posible que exista como ecosistema lagunar y como ecosistema terrestre en su cuenca. El derecho a existir significa el respeto a esta Ley ecológica, para asegurar el equilibrio y la capacidad de regulación del ecosistema ante el desequilibrio provocado*

sonalidad Jurídica a la Laguna del Mar Menor y su Cuenca (120/9). GUDYNAS, E. «Desarrollo, derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi». En AA.VV. *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador.* WEBER GABRIELA (ed.). Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito, marzo, 2011, pp. 83-102. <http://www.gudynas.com/publicaciones/capitulo/GudynasDesarrolloNaturalezaDespuesMontecristi11.pdf>

³³ Sobre esta «nueva» fundamentación de los derechos de la naturaleza *vid.* DÍAZ REVORIO, F. J. «Derechos Humanos y derechos de la naturaleza: a la búsqueda de un fundamento común». En la obra de AA.VV. *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo.* Díaz Revorio, F. J. (dir.), y González Jiménez M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 125-168. VIDAL MARTÍN, T. «Sombras en el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en Latinoamérica: especial consideración de la Constitución ecológica de Ecuador». En *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo.* Díaz Revorio F. J. (dir.), y González Jiménez M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 169-211.

*por las presiones antrópicas procedentes mayoritariamente de la cuenca vertiente»³⁴. Es decir, se está intentando imponer una visión ecocéntrica de connotaciones iusnaturales que imponen un modelo de relacionarse con la naturaleza que trasciende a los individuos (que tan solo son parte de ella y en ella quedarían *disueltos*) y la acción de los poderes del Estado (que tan solo podrían constatar *el derecho natural a existir y a evolucionar naturalmente*; generando una contradicción *in terminis* puesto que la Ley es fruto de la mano humana y el poder legislativo).*

Pues bien, frente a teorías que para el reconocimiento de derechos a la Naturaleza rompen con nuestro modelo de ciudadanía y nos introducen en un *iusnaturalismo* olvidado desde la *sociedad de los antiguos*, lo más lógico sería la protección del *medioambiente* vinculando a éste con derechos fundamentales de la persona y con un progreso conforme con la idea de *desarrollo sostenible*. Para ello, desde nuestro punto de vista, la formulación del *medioambiente* como *derecho social fundamental* en la Constitución española de 1978 sería lo más adecuado³⁵. Sin duda, las previsiones del artículo 45 CE tiene un contenido *antropocéntri-*

³⁴ Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. BOE 237, de 3 de octubre 2022.

³⁵ Otros autores se han pronunciado sobre la oportunidad de una reforma constitucional para introducir el medio ambiente en el Capítulo II del Título I. *Vid.* EMBID IRUJO, A. «En la hipótesis de una reforma constitucional, el derecho al medio ambiente debería caracterizarse como derecho fundamental». En *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado I*. Baño León, José María (coord.), Madrid, 2016, pp. 381-395.

co, puesto que el derecho al *medioambiente* está reconocido respecto de las personas y las mejores condiciones de vida de éstas. Pero no debemos perder de vista que también hay un contenido *ecocéntrico* puesto que también se reconoce la necesidad de preservar el medio natural, restaurarlo en caso de daño y el deber de protegerlo. Por ello, se reclama una reubicación o reinterpretación del artículo 45 CE que de conformidad a su consideración como derecho social fundamental. Para ello, debemos tener en cuenta:

En primer lugar, el artículo 45.1 dice literalmente que *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*. Es decir, que como dijera López Ramón ya hace años, el artículo 45.1 de la Constitución reconoce un *derecho subjetivo al medioambiente* adecuado para el desarrollo de la persona: «*Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...*»; y, al mismo tiempo, un deber de conservarlo. El mencionado autor señala que, en dicho artículo, las dos vertientes de toda norma jurídica, la activa y la pasiva, quedan perfectamente marcadas: estamos ante un derecho y un deber de todos. Todos podemos ejercer el goce y disfrute del *medioambiente* y, a la vez, todos tenemos la obligación de protegerlo de manera que, si se lesiona atentando contra el *medioambiente* adecuado, los terceros afectados tendrán el derecho de accionar judicialmente para evitar la lesión, suprimirla o, incluso, reclamar su reparación³⁶.

³⁶ LÓPEZ RAMÓN, F. «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, julio/septiembre, 1997, p. 357. Sin embargo, para otros autores, aunque podemos decir que con el *medioambien-*

Dicha forma de entender el *medioambiente* requiere reconocer ciertas cuestiones que hasta ahora no habían quedado suficientemente claras: primero, que estamos ante un derecho de ejercicio colectivo formulado de forma indeterminada que reclama su concreción; segundo, que dicho derecho, como todos los previstos en la Constitución, cuentan con un *contenido esencial o básico* propio de todas las reglas que forman parte de una constitución normativa y, tercero, que no estamos ante un derecho de libre disposición para los individuos sino ante un derecho a «gozar» o «disfrutar» del *medioambiente* y un deber para los poderes públicos y los particulares de protegerlo.

La primera gran cuestión de los tres problemas antes planteados es cómo se determina que entendemos por *medio ambiente adecuado*. Aunque ha habido doctrina que ha resuelto el problema señalando que con ese concepto lo que se hace es una remisión al legislador, que es quién debe especificarlo; o aquellos que entienden que el *medioambiente* adecuado es aquél que se identifica con el círculo vital del individuo y sus posibilidades de llevar una vida libre de enfermedades³⁷. Realmente, la mejor manera de

te estamos ante un derecho *sigue correspondiendo al legislador estatal desarrollar el derecho y cerrar su estructura, fijando su contenido, porque en la Constitución sólo se pergeña, a nuestro entender, un esbozo de derecho subjetivo*. CANOSA USERA, R. «¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 7, Tomo 1, 2006, p. 175.

³⁷ En este sentido, el profesor Parejo Alfonso señala que *el medio ambiente del que se predica este derecho-deber de todos está relacionado en la Constitución con el desarrollo de la personalidad, por lo que el valor ambiental está directamente conectado con el valor central de todo el orden jurídico-dogmático constitucional (la dignidad de la per-*

aclara que entendemos por *medioambiente* adecuado es resolverlo mediante una interpretación de límites entre bienes jurídicos en conflicto. Como ha señalado el profesor de la universidad de Zaragoza antes citado, la mejor manera de saber qué entendemos por *medio ambiente adecuado* es comprobar la incidencia que tiene sobre otros derechos. Puesto que estamos ante un texto constitucional que da un valor central a los derechos del individuo, los derechos ambientales se han de poner en relación a la capacidad de «integración» con la naturaleza para mejorar la vida de las personas de acuerdo al principio de utilización racional de los recursos naturales y el criterio de solidaridad colectiva e intergeneracional³⁸. Es decir, que el equilibrio entre *medioambiente* y el *desarrollo económico sostenible*³⁹ es la forma de determinar conceptualmente qué se entiende por *medio ambiente adecuado*⁴⁰. Tesis que tampoco ofrece ninguna

sona), proclamado en el artículo 10.1 CE. PAREJO ALFONSO, L. «El derecho a un medio ambiente sano...», *op. cit.*, p. 42.

³⁸ *Op. cit.* LÓPEZ RAMÓN, F. «Derechos fundamentales...», p. 359.

³⁹ El concepto de desarrollo sostenible se ha de interpretar en los términos de la Agenda 2030 y, en particular, de acuerdo con el objetivo 8: promover el crecimiento sostenido, inclusivo y sostenible.

⁴⁰ El Tribunal Constitucional en la temprana Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre dijo en su fundamento jurídico 3.º que *El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la*

novedad puesto que ya el Tribunal Constitucional en la sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, decía que *«El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida...»*⁴¹. En esta línea, La sentencia de 24 de marzo de 2021 del TCFA, sobre la *Ley Federal de Protección del Clima*, señala la necesidad de hacer un juicio de proporcionalidad entre el deber de protección del *medioambiente* derivado del artículo 20a de la LFB y el derecho a la libertad fundamental (libertad ampliamente protegida por la Ley Fundamental). Todo ello, con el fin de determinar si las actuaciones del legisla-

persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. (...) Recuérdese también que la «calidad de la vida» que cita el artículo 45 y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla está proclamada en el preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo como el 129.1. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución impone asimismo «el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos» (art. 130.1), (...). La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico.

⁴¹ En esta misma línea la STC 102/1995 en su fundamento jurídico 4, y diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo; por todas, *vid.* la STS de 31 de marzo de 1998.

dor de la Ley Fundamental de Protección del Clima protegen de manera constitucionalmente aceptable los fundamentos naturales de la vida y el derecho al ejercicio de la libertad fundamental⁴². También, el profesor Parejo Alfonso, haciéndose eco de los trabajos de Bosselmann, ha sostenido la necesaria vinculación del *medioambiente* con los derechos fundamentales individuales, señalando, en una tesis que nosotros entendemos más garantista del *medioambiente*, que la noción individualista-liberal de los derechos fundamentales y las libertades públicas se ha de complementar con la idea del límite por razón del valor-bien naturaleza de manera que *la integridad de ésta vendría a ser, así, un límite inmanente a todos los derechos fundamentales*⁴³. Es decir, que el profesor Parejo se alinearía con la tesis de aquellos que sostienen la necesidad de reconocer un «mínimo vital ecológico» derivado de la dignidad humana que condicionaría a la acción de los poderes públicos.

La segunda gran cuestión es la «ausencia de un contenido esencial» de los derechos y principios previstos en el Capítulo III. Es cierto que el Constituyente quiso manifestar expresamente que los derechos y libertades recogidos en el Capítulo segundo cuentan con una garantía de «conteni-

⁴² Sobre dicha sentencia *vid.* el comentario de PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. «La proporcionalidad en la protección anticipada de las libertades fundamentales: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley Federal de Protección del Clima», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022.

⁴³ PAREJO ALFONSO, L. «La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho. ¿Hacia un Estado ecológico de Derecho?». *CyTET*, II (100-101). Ministerio de Transporte, Obras Públicas y Medio Ambiente, 1994.

do esencial» qué, como señalará Ruiz-Rico Ruíz, fue una forma de reforzar la eficacia de los derechos civiles y políticos en el Texto Fundamental. Ahora bien, lo anterior no impide que también se deba reconocer dicho contenido «básico o esencial» para «derechos» y principios rectores, recogidos en el Capítulo tercero en la medida en que se benefician del principio de constitucionalidad afirmado sin excepción alguna para toda la Constitución por el artículo 9.1 CE⁴⁴.

Sobre este tema se ha pronunciado la doctrina, con no poco apoyo jurisprudencial⁴⁵, para señalar que negar la existencia de un «contenido esencial» de los principios rectores del Capítulo Tercero tiene poco sentido si se considera que estamos hablando de preceptos de una constitución normativa. Si todos y cada uno de los artículos de la Constitución tienen valor normativo y vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE) queda descartado que podamos situarnos ante los principios rectores como enunciados programáticos y, por el contrario, aunque el artículo 53.1. CE solo hable de contenido de los derechos del Capítulo Segundo, en la práctica hay que asumir que los principios

⁴⁴ RUIZ-RICO Ruíz, G. «El medio ambiente, derecho constitucional o principio programático». En la obra de AA.VV. *Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España*. Cascajo Castro, José Luís (coord.); Terol Becerra, Manuel; Domínguez Vila, Antonio, y Navarro Marchante, Vicente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 546.

⁴⁵ Especial interés tiene el ATC 239/2012, sobre el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. RUIZ-RICO RUIZ, G. «El desarrollo de la constitución social», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2018, p. 809.

del Capítulo Tercero y, más aún, todos y cada uno de los preceptos constitucionales, cuentan con dicho «contenido esencial» mínimo. Como ha señalado De la Quadra-Salcedo «*todos los días el Tribunal Constitucional está diciendo cuál es el contenido esencial de cualquier precepto constitucional*»⁴⁶.

El «contenido esencial» de estos derechos aparece también como un límite infranqueable respecto a su *reversibilidad*⁴⁷. Aunque este es un asunto discutido en la doctrina, de la posición de la mayor parte de ella, al igual que de la jurisprudencia del TJUE y el TC, se desprende que, puesto que los derechos sociales se construyen fundamentalmente como *mandatos de optimización*⁴⁸ y su concreción no supone la prohibición constitucional de la revisión de los niveles de protección alcanzado en un determinado momento,

⁴⁶ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. «Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático», *op. cit.*, p. 102. También en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. «La configuración constitucional del Estado Social y sus implicaciones en época de crisis», *op. cit.*, p. 433.

⁴⁷ Como señalaba sobre esta materia hay doctrinalmente dos tesis claramente encontradas: los que sostienen la *irreversibilidad* de los derechos sociales, para los que lo propio del Estado social es que respecto de los derechos se genere una dinámica de crecimiento ilimitado donde, como mucho, se pueda entrar en fases de estabilización para después continuar con el incremento del contenido prescricional. Los que sostienen la *reversibilidad* para los que lo propio de un Estado democrático que reconoce el pluralismo político es que los derechos sociales estén sometidos a las valoraciones políticas y económicas que la mayoría parlamentaria haga en cada momento.

⁴⁸ ALEXY, R., «Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios». Universidad Externado de Colombia (ed.). Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 28, Colombia, 2003, pp. 107-110.

lo que les caracteriza es una *reversibilidad limitada*⁴⁹. Como nos encontramos ante mandatos al legislador, la reversibilidad se refiere a la regulación que en cada momento lleve a cabo éste y lo que no podría hacerse es revertir el «contenido esencial» constitucionalizado. Para Tornos Mas existe un contenido infranqueable de los derechos económicos y sociales que ha de identificarse con la *dignidad humana* cuyo respeto constituye el fundamento del orden político y la paz social⁵⁰. En el ámbito de la protección ambiental es de aplicación el principio de no regresión o cláusula de *standstill* mediante la cual se trata de consolidar los avances conseguidos en la legislación medioambiental, impidiendo los retrocesos normativos en el ámbito de protección. La Sentencia 233/2015 del TC reconoce dicho principio al

⁴⁹ TORNOS MÁ, J. «Crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo», *op. cit.*, p. 198. También en PAREJO ALFONSO, L. «El Estado social administrativo: algunas reflexiones...», *op. cit.*, p. 224. COBRERO MENDAZONA, E. «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, 1987, pp. 29-62. Tesis que mantiene el Tribunal Constitucional en las SSTC 65/1987, de 21 de mayo, y la 65/1990, de 5 de abril. Una tesis mucho menos clara a favor de la reversibilidad de los derechos sociales es la que mantiene GAVARA DE CARA, J. C. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 58-64. De las SSTC 49/2015 y 216/2015 se desprende que toda medida que suponga una reversión de derechos necesita de razonamiento y motivación suficiente de porqué se toma la medida. Una posición decidida por la no reversibilidad de los derechos sociales es la de AGUDO ZAMORA, M. «El principio de no regresividad de los sociales en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2018, pp. 849-879.

⁵⁰ TORNOS MAS, J. *Crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 204.

sostener que los deberes de conservación, defensa y restauración del medio ambiente que el artículo 45 CE impone a los poderes públicos tanto la preservación de lo existente como una vertiente dinámica tendente a su mejoramiento. Es más, esta misma sentencia dice que el principio de no regresión no consentiría la adopción de medidas carentes de justificación objetiva que supusieran un patente retroceso en el grado de protección del *medioambiente* (fj. 1)⁵¹.

La tercera gran cuestión tiene que ver con que el contenido del derecho se ha de entender como el derecho a «disfrutar» o «gozar» del *medioambiente* y el deber para todos de protegerlo. Aunque decir que el derecho al *medioambiente* se corresponde con el *derecho* a su «goce» y «disfrute» nos introduce en términos jurídicamente «resbaladizos», también es cierto que nos sitúa ante conceptos de «fácil» comprensión: ambos nos remiten a la capacidad que el sujeto activo tiene para percibir y sentir la utilidad, en este caso, del *medioambiente* en sus distintas dimensiones. Además, ese goce y disfrute, por la naturaleza del bien, no es de carácter individualista, sino solidario y colectivo. Además, el disfrute y goce no depende solo de la voluntad de los sujetos activos, sino que la intermediación de los poderes públicos y terceros es fundamental para su protección. Por ello, el derecho al *medioambiente* del apartado primero del artículo 45 de la CE tiene su complemento en las previsio-

⁵¹ RUIZ-RICO RUIZ, G. «El medio ambiente, derecho constitucional o principio programático». En la obra de AA.VV. *Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España*. Cascajo Castro, José Luis (coord.); Terrol Becerra, Manuel; Domínguez Vila, Antonio, y Navarro Marchante. Vicente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 546.

nes de protección de los apartados dos y tres del mismo artículo: los poderes públicos deben velar por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. Para aquellos que violen lo anterior se podrán establecer sanciones administrativas y penales y el deber de reparar el daño causado.

Por lo tanto, puesto que el artículo 45.1 CE reconoce un derecho de carácter constitucional de «goce» y «disfrute» y su concreción depende de que el medio natural se trate de forma que su utilización económica sea conforme con la mejora de las condiciones de vida de las personas y el mantenimiento natural del planeta. El uso de los recursos naturales se ha de hacer teniendo en cuenta que no cabe su aprovechamiento hasta el punto de poner en cuestión la vida o la salud de las generaciones presentes o futuras o la existencia del medio natural mismo —*desarrollo económico sostenible*—. Para que así sea, la mejor manera es que la actuación de todos, poderes públicos y particulares, están comprometidos en su protección⁵². Para garantizar dicha protección no basta con el establecimiento de un mandato al legislador o una regulación que informe a los órganos judiciales, se requiere que el derecho al *medioambiente* sea reconocido como un derecho social fundamental.

Dicho todo lo anterior, entendemos que para reforzar la protección pública del *medioambiente* más allá de las garantías que le ofrece el artículo 45 CE se ha de reformar el artículo 53 CE. Primero, para integrar a los *derechos sociales*

⁵² En ese sentido, *vid.* la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Ecológica.

fundamentales en las garantías normativas y jurisdiccionales del 53.1 CE; y, segundo, para reconocer a dichos derechos las garantías jurisdiccionales del 53.2 CE. Finalmente, la reforma del artículo 53.3 CE tiene como objeto mantener los términos del precepto para los *principios rectores de la política social y económica* recogidos en la Sección segunda del Capítulo III del Título I.

V. Reforma propuesta del artículo 45.1.2

CAPÍTULO III: *De los derechos sociales fundamentales y los principios rectores de la política social y económica.*

Artículo 45 CE:

1. *Todos tienen el derecho a vivir en un medioambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de contribuir a conservar la naturaleza.*
2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales y el desarrollo económico sostenible, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar la naturaleza, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
3. *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

Bibliografía

- CANOSA USERA, R. *¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?* Anuario de Derechos Humanos Nueva Época, Vol. 7, Tomo 1, 2006.
- DELGADO PIQUERAS, F. «Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, mayo-agosto, 1993.
- DÍAZ REVORIO, F. J. «Derechos Humanos y derechos de la naturaleza: a la búsqueda de un fundamento común». En *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*. (Dir.) Díaz Revorio, F. J., y González Jiménez, M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 125-168.
- EMBED IRUJO, A. «El acceso a la justicia en materia ambiental en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pp. 1207-1229.
- «En la hipótesis de una reforma constitucional, el derecho al medio ambiente debería caracterizarse como derecho fundamental». En *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado I*. (Coord.) Baño León, José María, Madrid, 2016, pp. 381-395.
- ESCOBAR ROCA, G. «El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho*, Año. LII, núm. 618, marzo, 1996, pp. 2137-2143.
- ESTEVE PARDO, J. *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons (5.ª ed.), Madrid, 2022.
- FERRAJOLI, L. *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022.
- JIMÉNEZ QUESADA, L., y TOMÁS MALLÉN, B. S. «El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho*, Año LII, núm. 618, marzo, 1996.

- LÓPEZ MENUDO, F. «El derecho a la protección del medio ambiente», *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 10, septiembre-diciembre, 1991.
- LÓPEZ RAMÓN, F. «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, julio/septiembre, 1997.
- MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Trivium, Madrid, 1991.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. *Los derechos de la tierra*, Escritos Contextatarios, Madrid, 2022.
- MORENO MOLINA, A. *El Derecho del cambio climático. Retos, instrumentos y litigios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- PAREJO ALFONSO, L. «La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho. ¿Hacia un Estado ecológico de Derecho?», *CyTET II* (100-101), 1994. Ministerio de Transporte, Obras Públicas y Medio Ambiente.
- «Cambio climático, riesgo social, innovación y derecho». En *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- «El derecho a un medio ambiente sano o saludable en el derecho internacional». En *Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030*. (Ed.) Yann Aguila, Carlos de; Perales, Miguel; Tafur, Victor, y Parejo, Teresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PAVANI, G. «Los derechos de la Naturaleza, el territorio y la plurinación». *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. (Ed.) Estupiñán Achury, L; Estorini, Cl., y otros. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/16011>
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A. «La proporcionalidad en la protección anticipada de las libertades fundamentales: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley Federal de Protección del Clima». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 387-407.

- RUIZ-RICO RUIZ, G. «El medio ambiente, derecho constitucional o principio programático». En *Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España*. (Coord.) Cascajo Castro, José Luis; Terol Becerra, Manuel; Domínguez Vila, Antonio, y Navarro Marchante, Vicente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- «Una identidad ambiental europea de alta calidad y en construcción desde la esfera constitucional y supranacional», *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*. (Coord.) García Roca, Javier, y Bustos Gisbert, Rafael, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.
- SIMÓN YARZA, F. *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- VIDAL MARTÍN, T. «Sombras en el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en Latinoamérica: especial consideración de la Constitución ecológica de Ecuador». *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*.

EL DERECHO A LA VIVIENDA. EL ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

MARÍA LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. El Estado social es una realidad dinámica susceptible de perfección

La definitiva consagración del Estado social en las Constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial supone asumir una determinada concepción del papel que corresponde desempeñar al poder público. El Estado social concibe la acción estatal en términos positivos, esto es, la legitima y exige en los ámbitos social y económico para garantizar la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. Esta idea está hoy plenamente enraizada en la mentalidad colectiva de los países europeos que han reconocido constitucionalmente este modelo de Estado y, por lo tanto, resulta difícil pensar que, en condiciones normales, se pueda producir una revisión de la misma que conduzca a un cambio radical o mutación del Estado que impida reconocerlo como perteneciente a la categoría descrita.

Ahora bien, el Estado social expresa una realidad dinámica que, por consiguiente, admite cambios en sus concretas manifestaciones. Estos cambios deberían producirse en la línea de fortalecer la dimensión social de este modelo estatal porque, robustecer el Estado social, supone reforzar la exigencia normativa de justicia social. Además, por esta vía se incide positivamente en la consecución y/o el mantenimiento de la estabilidad o paz social (*sensu contrario*, las políticas restrictivas del modelo social pueden conducir a una pauperización de la población que siembre las semillas de la descomposición del vínculo o cohesión social)¹.

Un paso ambicioso que podría darse en la línea de perfeccionar el Estado social en España consistiría en *fundamentalizar*² alguno o algunos de los principios rectores de la política económica y social recogidos en el Título I, Capítulo III, de la Constitución. Ello exigiría la aprobación de una reforma constitucional que los dotara de eficacia jurídica directa a través de la extensión de la garantía del contenido esencial a los mismos. Al tiempo, podría pensarse en la posibilidad de garantizar su protección a través de

¹ Véase, sobre el Estado social, entre otros muchos, los trabajos del profesor C. De Cabo Martín. En particular DE CABO MARTÍN, C. *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.

² Las palabras *fundamentalización* o *fundamentalizar* no están recogidas en el diccionario y sobre esto queremos llamar la atención cuando se escriben en cursiva. Aquí se utilizan para expresar la posibilidad de convertirlos en derechos fundamentales dotándolos de eficacia jurídica directa a través de la extensión de la garantía del contenido esencial a los mismos. Sobre el concepto de derecho fundamental de esta autora MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. «Teoría general de los derechos fundamentales». LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), *Leciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

los recursos de amparo ordinario y constitucional, dando en particular al Tribunal Constitucional la oportunidad de ir concretando su contenido esencial³. Por otro lado, aunque cualquier selección puede resultar problemática, se piensa aquí en aquellos que están conectados de una manera especialmente estrecha con el libre desarrollo de la personalidad y con una vida digna que, como sabemos, son fundamento del orden político y de la paz social.

Las propuestas en esta línea no son novedosas, pero, desde luego, son relativamente recientes. Resulta evidente, pues, que nos encontramos repensando el valor jurídico que la Constitución española ha otorgado a los derechos sociales o de prestación o, al menos, a algunos de los principios rectores de la política económica y social y, en esta línea, se elabora este trabajo, con la intención de desmontar algunos mitos, como la imposibilidad de avanzar en esta dirección debido a la escasez de los recursos públicos, prestando especial atención al derecho a la vivienda.

³ No se comparte la tesis de que no se puede atribuir a los principios rectores eficacia jurídica directa porque la Constitución no es capaz, por sí misma, de especificar la forma en la que los poderes públicos pueden intervenir en la sociedad para reducir las desigualdades sociales; DELGADO DEL RINCÓN, L. E. «El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica», *Estudios de Deusto*. vol. 61/2, 2013, p. 45. Los actuales derechos fundamentales, salvo excepciones con respecto a determinados contenidos muy concretos, se articulan como principios, es decir, como mandatos de optimización que deben satisfacerse en función de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esta forma, tampoco la Constitución ha sido capaz de identificar, por sí misma, en qué consiste el contenido esencial de los derechos civiles y políticos, requiriendo de la irrenunciable colaboración del Tribunal Constitucional para ello.

II. Repensando el valor y los mecanismos de protección de los derechos sociales de prestación

El reconocimiento de los derechos sociales de prestación se ha producido, en los ámbitos internacional y nacional europeos, atribuyéndoles un menor valor en términos de eficacia jurídica y un menor nivel de protección por comparación a lo que sucede con los derechos civiles y políticos⁴. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia han defendido determinadas posiciones que permitirían reconocerles cierta eficacia jurídica directa.

Hace ya algún tiempo se sostuvo, en España, si bien con prevenciones, que resultaría posible, a través del juicio de constitucionalidad, controlar aquella acción positiva del legislador que contraviniera claramente los derechos sociales de prestación. Que nada parecía impedir, a pesar del peligro de que esta vía pudiera convertirse en un instrumento que condujera a un activismo judicial intolerable por parte del Tribunal Constitucional, que, desde el mandato que el artículo 53, apartado 3, de la Constitución es-

⁴ Sobre el valor constitucional de los principios rectores del Título I, Capítulo III, de la Constitución, que no es el de un derecho fundamental, BASTIDA FREIJEDO, F. J. «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la *fundamentalidad* de los derechos», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, volumen II*. Cortes Generales/CEPC, Madrid, 2008, pp. 1083-1101. Un análisis excelente sobre el derecho a la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos en GIALDINO, R. «El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos». *JA 2013-I*, Buenos Aires, 6 de marzo (2012), fascículo núm. 10, pp. 44-67.

pañola da al legislador para que desarrolle los principios rectores, se pudiera concluir en la declaración de inconstitucionalidad de una legislación de desarrollo que violentara gravemente, cuando no desconociera, alguno de los principios rectores del Título I Capítulo III de la Constitución (por ejemplo una ley que previera un sistema privado de Seguridad Social cuando el artículo 41 de la Constitución española se refiere a un «régimen público» de Seguridad Social)⁵.

Con más ambición, determinados autores han sugerido la idea de que algo esencial debe haber dentro de estos derechos, o de que se puede hablar de un conjunto de prestaciones sociales mínimas, de unas condiciones básicas de subsistencia (ingreso mínimo vital, atención sanitaria básica, acceso a la vivienda...)⁶. De hecho, y en el marco de la

⁵ DELGADO DEL RINCÓN, L. E. «El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica», *Estudios de Deusto vol. 61/2*, julio-diciembre, 2013, p. 47, nos explica cómo el Tribunal Constitucional ha considerado los principios rectores como posible canon o medida de validez de la ley en algunas de sus sentencias.

⁶ ABRANOVICH, V., y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004; ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005; CARMONA CUENCA, E. «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura volumen II*. Cortes Generales/CEPC, Madrid, 2008; PISARELLO, G. (ed.). *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009; PISARELLO, G. «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, pp. 6-7; KOCH, I. E. *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, Bos-

discusión de la reforma constitucional el Título I de la Constitución española, uno de los asuntos que se ha planteado ha sido el de la necesidad/posibilidad de configurar algunos de los principios rectores de la política económica y social como auténticos derechos fundamentales resituándolos en el Título I, Capítulo II, con preferencia, claramente, por el Título I, Capítulo II, Sección 2.^a.

Estas tesis, que defienden la existencia de un núcleo duro de los derechos sociales como límite que el legislador no puede sobrepasar responden, en parte, al reto teórico que se ha tenido que asumir para hacer frente al planteamiento según el cual una determinada coyuntura económica, caracterizada por una falta de disponibilidades financieras, constituiría un motivo de justificación para que el poder público dejara de actuar para asegurar determinadas prestaciones. De hecho, estas posiciones adquirieron fuerza a cuenta de las políticas de austeridad y recortes sociales que la crisis de las hipotecas *subprime* trajo consigo. Se entiende, en virtud de las mismas, que la reversión de los derechos sociales en situaciones de crisis no se puede producir

ton, 2009; ESCOBAR ROCA, G. (dir.). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2012; CHATTON, G. T. *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques sociaux et culturels*, Shulthess Médias Juridiques, Genève, 2013; DÍAZ REVORIO, Fco. J., «Globalización, Estado social, coste económico de los derechos fundamentales e interpretación». GARCÍA GUERRERO, J. L., y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. *Constitucionalizando la globalización, volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYO, J. L. «Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales». AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki (col.), *Derechos fundamentales y otros estudios en Homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo, volumen I*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

sin ningún tipo de límite hasta, llegado el caso, vaciarlos completamente de contenido. Y, ante la falta de límites constitucionales que sujeten al legislador a un determinado contenido esencial de los mismos, la solución se ha fiado, por parte de algunos autores, a los tribunales, a los que se recurre como último bastión de su protección en la medida en que estos derechos no aparecen garantizados en el texto constitucional en su contenido más básico⁷, con el consiguiente problema que esto puede plantear desde el punto de vista del activismo judicial. Pero no todos los tribunales han reaccionado del mismo modo.

En el ámbito estatal, la reflexión sobre la garantía de un mínimo existencial fundamentado en la dignidad humana para la protección de los derechos sociales ha arraigado en la jurisprudencia constitucional comparada⁸. Al respecto, se han mencionado el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Italia sobre la constitucionalidad de la Ley estatal de creación de la llamada Carta Social (sentencia 10/2010, de 11 de enero); la resolución del Tribunal Federal de la Confederación Helvética sobre el dere-

⁷ CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 1216: «La fijación de estos niveles mínimos es tarea principalmente del legislador, pero los tribunales deberían poder establecer también unos estándares básicos de protección en caso de actividad legislativa injustificadamente restrictiva o de ausencia flagrante de tal actividad en la protección de los derechos sociales de prestación».

⁸ CARRILLO, M., «La crisis y los derechos sociales en las políticas públicas de la Generalitat», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 2018, p. 28.

cho fundamental a la garantía existencial (sentencia de 27 de octubre de 1995); del Consejo Constitucional francés sobre el derecho a la vivienda (Decisiones de 19 de enero de 1995 y de 29 de julio de 1998); o la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el derecho fundamental a un mínimo existencial (sentencia de 9 de febrero de 2010)⁹. También habría que traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués que ha visto la luz al calor de la crisis económica y que anuló determinados recortes en prestaciones previstos en los presupuestos¹⁰. Estos pronunciamientos judiciales se pueden contraponer, hablando en términos generales, a una tesis más conservadora por parte del Tribunal Constitucional español.

En el ámbito supranacional, en el seno del Consejo de Europa, habría que contraponer la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la del Comité Europeo de Derechos Sociales.

⁹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. «Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental», *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencia: liber amicorum Tomás R. Fernández*, vol. II. García de Enterría, E., y Alonso García, R. (dirs.). Cizur Menor, Civitas Thompson Reuters/Civitas, 2012, pp. 3832-3843.

¹⁰ Un comentario de esta jurisprudencia puede verse en GUILLEM CARRAU, J. «El constitucional portugués ante a las medidas de ajuste: la sentencia de 5 de abril de 2013». *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio, 2013, pp. 69 y ss.; AYUMERICH CANO, C. «El control constitucional de las políticas de austeridad. Examen de la jurisprudencia portuguesa y española». NOGUEIRA LÓPEZ, A.; LOIS GONZÁLEZ, M., y DÍAZ OTERO, I. *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 437-438.

Como sabemos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce derechos sociales de prestación, salvo el derecho a la educación recogido en el artículo 2 del Protocolo nº 1 al Convenio. Y, sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha admitido reclamaciones contra violaciones de derechos sociales en conexión con otros derechos que sí están reconocidos expresamente en el Convenio (el derecho a la propiedad del art. 1 del Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la vida del art. 2, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes del art. 3 o el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8; todos ellos del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Este tribunal ha admitido que se puede producir una reducción de prestaciones sociales en contextos de crisis y ha solido mostrar una actitud de deferencia respecto de la adopción de políticas sociales que requieren decisiones importantes sobre la distribución de recursos avalando un amplio margen de apreciación estatal en este ámbito. De momento, el resultado de su jurisprudencia obliga a ser cautos respecto de las expectativas que se puedan poner en ella de cara al reconocimiento de obligaciones positivas de prestación social¹¹, o al

¹¹ En particular, la doctrina de las *obligaciones positivas* del Estado aplicada a algunos derechos clásicos como el derecho a la vida (art. 2 del Convenio Europeo Derechos Humanos), el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) o el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), ha servido para interrogarse sobre la posibilidad de derivar del Convenio determinadas obligaciones básicas de prestación exigibles a los Estados Parte, Véase, al respecto, LÓPEZ GUERRA, L., «La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo

menos de un nivel mínimo de prestaciones sociales que obligue a los Estados Parte¹².

de Derechos Humanos», *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Terol Becerra, Manuel, y Jimena Quesada, Luís (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 314-316; y «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 404-405.

¹² CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos...», ob. cit., p. 1226, quien realiza un análisis detenido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que le lleva a alcanzar esta conclusión, sin desconocer algunas decisiones de este Tribunal en las que sí se han impuesto obligaciones positivas a los Estados derivadas de ciertos derechos sociales de prestación. La autora señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado más inclinado a reconocer la vulneración de un derecho social de prestación derivándolo de otros derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando han concurrido las siguientes circunstancias: a) Se han producido unos daños que son responsabilidad directa del Estado; b) Se trata de personas que se encuentran bajo la custodia del Estado, como la población reclusa; c) Se trata de personas especialmente vulnerables (minorías étnicas o personas con discapacidad). Concluye que la protección de los derechos sociales de prestación ofrecida por la doctrina de las obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es todavía incipiente y poco desarrollada, pero marca un camino que habrá que seguir explorando en el futuro. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales hasta el año 2012, y el contraste con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más garantista en la materia, en DÍAZ CREGO, M. (2012), «Derechos sociales y amparo constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012. La autora, que analizó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos sociales hasta ese momento, señalaba que el Tribunal se había acercado a los derechos sociales por la vía de la aplicación del prin-

Sin embargo, el Comité Europeo de Derechos Sociales viene entendiendo que la Carta Social Europea protege un contenido mínimo de los derechos en ella reconocidos que impediría determinados desarrollos de los mismos. En relación, por ejemplo, con el derecho a la seguridad social, esto resulta evidente. Al respecto, el Comité tuvo que resolver una serie de reclamaciones colectivas que denunciaron las leyes anticrisis de 2010 adoptadas en Grecia que imponían una reducción drástica de las pensiones. Y afirmó que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos —léase Troika— para eludir los compromisos asumidos en virtud de la Carta Social Europea, que es un tratado internacional que debe ser respetado en el ámbito interno. En estas decisiones señaló que el artículo 12 de la Carta Social Europea, que reconoce el derecho a la seguridad social, está concebido más en términos de progresividad que de regresión y que, en todo caso, si se establecen restricciones, no deben conducir a una precarización o pauperización de la población afectada¹³. Esta formulación genérica se ha

cipio de igualdad y no discriminación y del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, denunció que, por esta vía, no había resultado posible concretar el contenido de dichos derechos sociales y que ello hubiera sido posible si hubiera utilizado, como hubiera sido deseable, el recurso de las obligaciones positivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del cual se pueden derivar obligaciones positivas en materia de derechos sociales por conexión con los tradicionales derechos civiles y políticos.

¹³ El Comité entendió que el Gobierno griego había incurrido en un incumplimiento de la Carta. Además, señaló que no había demostrado que hubiera intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada, ni que hubiera mantenido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ám-

acompañado, a través de distintas decisiones del Comité, de una serie de indicadores y datos muy precisos de los que se puede desprender cuándo se ha incurrido una precarización o pauperización contraria a la Carta Social Europea en el ámbito de la seguridad social¹⁴. Asimismo, el Comité ha considerado que la exclusión del acceso a la atención sanitaria de los extranjeros adultos en situación irregular es contraria al artículo 11 de la Carta Social Europea, señalando que los Estados Parte en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, «se encuentren o no en situación irregular», en la medida en que la «atención sanitaria constituye condición previa y esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos», afir-

bito tan esencial. Además, el efecto acumulativo de estos déficits, unido a la reducción de las pensiones en sí, hacían descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea; JIMENA QUESADA, L. «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014, pp. 176 y ss.

¹⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia. «El derecho a la seguridad social ante el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Estudios de Deusto. Volumen 67/1*, 2019, pp. 259-291, recoge una descripción muy exhaustiva de dichos indicadores. Y concluye que las decisiones del Comité ponen de manifiesto que, para entender que se respeta el artículo 12 de la Carta Social Europea, «no basta con la existencia de un sistema de seguridad social, sino que las prestaciones previstas dentro de las diferentes ramas de la seguridad social deben ser adecuadas».

mando que la crisis sanitaria no puede ser el pretexto para una restricción o privación del derecho de acceso a la asistencia sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho¹⁵.

Por otro lado, en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado escasas referencias a la Carta Social Europea en el momento de emitir sus fallos. El diálogo entre el Tribunal de Luxemburgo y el Comité Europeo de Derechos Sociales es escaso, aunque el catálogo de derechos sociales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —Título IV, «Solidaridad», arts. 27-38— se haya basado en la Carta Social Europea. El diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido más intenso.

III. La objeción de la escasez de recursos frente a la tesis de la fundamentalización de determinados derechos sociales

La tesis de la *fundamentalización* de alguno o de algunos de los derechos sociales de prestación ha sido discutida utilizando el argumento de la escasez de recursos para atenderlos¹⁶. Ahora bien, parece acertado señalar que el Estado

¹⁵ JIMENA QUESADA, L. «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014, pp. 183 y ss.

¹⁶ FORSTHOFF, E. «Problemas constitucionales del Estado social», *El Estado social*. Abendroth, W.; Forsthoff, F., y Dohering, K. CEC, Madrid, 1986.

social no se caracteriza tanto por la incorporación al catálogo de derechos de los derechos sociales de prestación, sino que, en el Estado social, todos o la inmensa mayoría de los derechos son derechos prestacionales en el sentido de que todos ellos incluyen dimensiones prestacionales¹⁷. Y si todos los derechos presentan estas dimensiones, todos ellos comprometen recursos públicos. Por lo tanto, los derechos sociales de prestación no son los únicos que tienen un coste económico en términos de medios materiales y personales y que, por consiguiente, comprometen muchos recursos públicos. Es más, algunos de los derechos fundamentales civiles y políticos recogidos en los textos constitucionales comprometen una ingente cantidad de recursos (la efectividad de la libertad personal o de la tutela judicial efectiva exige organizar un sistema de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y una Administración de Justicia bien dotada, por ejemplo).

En la actualidad, muchos principios rectores de la política económica y social han conseguido comprometer una ingente cantidad recursos públicos (piénsese, por ejemplo, en las pensiones o en la salud) y se puede hasta considerar que, al menos de facto, se han *fundamentalizado* (pues resulta difícil imaginar su regresión en términos ab-

¹⁷ DÍAZ REVORIO, Fco. J. «Globalización, Estado social, coste económico de los derechos fundamentales e interpretación», *Constitucionalizando la globalización, volumen II*, García Guerreo, José Luís, y Martínez Alarcón, María Luz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1421-1476, que menciona el artículo 9.2 CE para defender esta idea en el caso español. Este autor elabora su texto tomando como referencia la obra de HOLMES, S., y SUNSTEIN, C. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Traducción de Stella Mastrangelo, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

solutos hasta derivar en una desaparición de los mismos). Por ello, en particular en relación con estos últimos, se podría plantear la necesidad y/o utilidad de este tipo de propuestas dirigidas a *fundamentalizarlos*.

Caminar en la dirección de su *fundamentalización* produciría, al menos, los siguientes efectos positivos:

i) Supondría reconocerles un contenido constitucional mínimo, un contenido esencial que los pondría al abrigo, en cualquier circunstancia, de políticas que pretendieran vaciarlos de contenido. Es decir, su *fundamentalización* condicionaría los resultados que podrían desprenderse de un análisis de impacto meramente económico y presupuestario de la producción del Derecho en este ámbito, ya que el compromiso de determinados recursos públicos para satisfacer determinadas prestaciones sociales vinculadas a estos derechos derivaría o vendría exigida por la norma superior del ordenamiento jurídico (resultaría, pues, de cumplimiento inexcusable). Esto es, la transformación de un principio rector en un derecho fundamental implicaría el compromiso de satisfacer, al menos, aquellas prestaciones necesarias para atender a su contenido esencial (o, lo que es igual, unos umbrales mínimos de satisfacción)¹⁸.

¹⁸ *Ibidem*: «A sabiendas de que se trata de fondos de uso alternativo —se refiere a los presupuestos—, y que no cabe entender que la proclamación de un derecho implique automáticamente la dotación de todos los fondos que permitan hacer efectivos todos y cada uno de sus contenidos en la máxima intensidad, debe defenderse que existen unos mínimos por debajo de los cuales el derecho queda insatisfecho, y las normas que nieguen estas dotaciones devendrían inconstitucionales».

La *fundamentalización* de determinados principios rectores de la política económica y social es posible. En realidad, ya es un hecho, aunque excepcional, pues tenemos ejemplos derechos sociales de prestación *fundamentalizados* (la educación), lo que refleja que se trata de una decisión constituyente. Lógicamente, dicha decisión implicará realizar esfuerzos en términos de recursos y puede requerir recurrir a fórmulas para reunir recursos -por ejemplo vía impuestos, eso sí, respetando los principios capacidad económica y progresividad-, o aprovechar mejor los recursos existentes a través de una utilización más eficiente de los mismos, vinculando la idea de eficiencia en el empleo de los recursos disponibles con la de refuerzo del Estado social, «empleándose de forma adecuada en las medidas más idóneas para maximizar su «rendimiento» en la satisfacción del derecho»¹⁹. Por parte de los ciudadanos, resulta preciso recordar que los ciudadanos disfrutamos de una serie de derechos, pero que también tenemos obligaciones, entre las más importantes en cuanto integrantes de una comunidad política, posiblemente, las tributarias.

En todo caso, parece preciso realizar una prevención al objeto de impedir que las reflexiones que se acaban de verter en el texto sean objeto de malinterpretación. En efecto, estas reflexiones no suponen afirmar que, a salvo el contenido esencial y los recursos públicos para satisfacerlo, el

¹⁹ *Ibidem*: La idea del coste económico tiene como implicación inmediata la estrecha relación entre los derechos y los impuestos, ya que estos últimos constituyen la fuente principal de financiación del coste de los derechos. De esta manera, los impuestos no deben considerarse como una mera limitación a la libertad y a la propiedad, sino como una vía para que la comunidad política pueda satisfacer los derechos.

proceso de aprobación de las normas puede desconocer su impacto en materia de derechos. La existencia de un Estado constitucional condiciona el proceso de elaboración de todo tipo de normas; en un escenario de Estado constitucional, el análisis sobre el impacto de aprobación de las normas ha de tomar en consideración, necesaria y prioritariamente (frente a otro tipo de consideraciones o impactos, por ejemplo, de tipo presupuestario), su incidencia sobre los derechos que pudieran verse afectados²⁰.

ii) Podría contribuir a neutralizar las críticas de activismo judicial que han recibido los tribunales cuando han decidido garantizar determinados elementos básicos con respecto a determinados derechos sociales o de prestación cuando estos no son derechos fundamentales. La *fundamentalización* de determinados principios implica legitimar, los esfuerzos jurisdiccionales realizados de cara a preservar un contenido esencial mínimo de los mismos y los recursos precisos para preservarlo, permitiendo presentar su actividad, y legitimándola, por consiguiente, como una actividad de naturaleza jurisdiccional y no política.

²⁰ *Ibidem*: El análisis sobre el impacto económico y presupuestario de una norma no implica que este tipo de consideraciones sean las únicas que deben tenerse en cuenta, ni siquiera que sean las prioritarias o que deban prevalecer sobre otro tipo de cuestiones que también deben ser tenidas en cuenta, necesariamente, por el autor de la norma. En ocasiones, la adopción de una norma con un contenido determinado viene exigida por una norma superior o por otras circunstancias. Y este tipo de afirmaciones cobra gran importancia cuando se pretende trasladar el análisis económico del Derecho a los derechos.

iii) Obligaría a llevar el debate sobre el contenido esencial básico de estos principios *fundamentalizados* a todos los tribunales, no solo a aquellos que se han mostrado más proclives a su existencia en un contexto en el que dicho contenido esencial no se encontraba positivizado.

Pues bien, la lectura de la obra de la doctrina constitucional española que se ha dedicado a estos temas en los últimos tiempos permite identificar trabajos que han abogado, en el marco de una reforma constitucional, por *fundamentalizar* algunos de los principios rectores de la política económica y social recogidos en nuestro texto constitucional, en particular, aquellos que ya vienen comprometiendo importantes niveles de gasto público (en principio, su fundamentalización no plantearía problemas porque, en relación con ellos, ya se encuentra consolidado un alto nivel de prestaciones que puede entenderse que cubre el contenido esencial básico de los mismos). Se han mencionado, en este sentido, básicamente salud y seguridad social²¹. Sin embargo, el derecho a la vivienda no se suele encontrar en el catálogo de derechos propuestos para su *fundamentalización* en estos trabajos doctrinales²². Y, sin

²¹ El informe de GARCÍA ROCA, J. (dir.). *Pautas para una reforma constitucional*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014, pp. 39-40, defiende la creación de un derecho a la salud y a la Seguridad Social.

²² Salvo alguna excepción relevante como la que representa el profesor Luis Jimena Quesada, quien identifica la vivienda como un «mínimo vital» y se lamenta de que todavía estemos hoy persiguiendo hacer realidad una necesidad que es un «mínimo vital»; JIMENA QUESADA, L. «El derecho constitucional a la vivienda en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)», *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario*. Patón García, Gema (coord.). Wolters Kluwer, 2018, p. 49. Este autor recuerda que al-

embargo, el derecho a la vivienda se erige en soporte material de otros muchos derechos y libertades²³.

La vivienda en España es un principio rector de la política económica y social recogido en el artículo 47 de la Constitución española en los siguientes términos: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos»²⁴.

gunos autores han aludido a un mínimo social garantizado compuesto por cinco necesidades fundamentales (alimentación, vestido, vivienda, salud y cultura), constituyendo las cinco primeras el «mínimo vital» y las dos últimas el «mínimo humano», MARC, A. *Le fédéralisme fase au futur*, Presses d'Europe, Nice, 1990, pp. 26-27.

²³ RUIZ RICO, G. *Derecho constitucional a la vivienda*, Ministerio de Vivienda, Madrid, 2008, p. 41. Véase, igualmente, PISARELLO, Gerardo. «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones...». ob. cit., pp. 4-5.

²⁴ Este derecho se ha desarrollado muy recientemente en nuestro país a través de la aprobación de la Ley por el Derecho a la Vivienda. La aprobación de dicha norma responde al hito establecido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, relativo a la reforma C02.R03 «Ley de Vivienda». Con la aprobación de esta ley, se establecen unas condiciones básicas en el ejercicio del derecho en virtud del artículo 149.1.1.ª de la Constitución española, que han de respetar todas las Comunidades Autónomas. La propia Exposición de Motivos de esta norma recoge los reproches formulados por el Tribunal Constitucional relativos a la inexistencia de una ley estatal en la materia que recogiera dicho contenido

En este sentido se ha vuelto a pronunciar recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6.º: «(...) el art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias» (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4)...»²⁵. Es más, el Tribunal Constitucional español se ha mostrado más estricto en relación con el valor que atribuye al derecho a la vivienda, y las consecuencias que desprende del mismo, por comparación con lo que ha sucedido con otros derechos sociales del Título I, Capítulo III del texto constitucional. En todo caso, el Pleno del Tribunal Constitucional también ha manifestado discrepancias en su seno sobre el valor que cabe predicar respecto de este principio

básico, lo cual, en la práctica, ha permitido al legislador autonómico regular sobre vivienda sin ningún tipo de límites (puesto que, recordamos, en la Constitución española, la vivienda no es un derecho fundamental al no venir protegido por la garantía del contenido esencial). Estos reproches se pueden encontrar —de forma más o menos explícita— en las sentencias del Tribunal Constitucional 16/2018, de 22 de febrero; 32/2018, de 10 de abril; 43/2018, de 26 de abril, y 80/2018, de 5 de julio.

²⁵ La jurisdicción constitucional española prefiere aludir al derecho a la vivienda como «mera directriz» que convierte prácticamente en intocable cualquier repercusión fiscal, por abusiva y desproporcionada que se perfile; JIMENA QUESADA, L. «El derecho constitucional a la vivienda digna en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)», *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario*. Patón García, Gema (coord.), Wolters Kluwer, 2018, pp. 70-74.

rector, todavía muy minoritarias. Entre las últimas, baste hacer referencia al voto particular de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la STC 32/2019, de 28 de febrero:

«(...) la naturaleza de principio rector no resta un ápice de carácter normativo al artículo 47, como se deduce del artículo 9.1 del propio texto constitucional. No estamos ante un deseo de buena voluntad constitucional, ni ante un mero ejercicio de retórica, sino ante una disposición normativa que no queda excluida como parámetro de constitucionalidad de las normas con rango de ley, y que permite comprender adecuadamente la calificación del Estado español como Estado social (...).

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores deben informar la legislación positiva, y por tanto condiciona la libertad del legislador, como debe informar también la práctica judicial, en la que no puede dejar de incluirse la que se refiere a la jurisdicción constitucional. Cuando el art. 53, apartado tercero, de la Constitución española afirma que los artículos contenidos en el capítulo III del título I «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», no dice que la jurisdicción constitucional deba analizar la invocación de un principio rector, en este caso el derecho a la vivienda, de acuerdo con las leyes que lo desarrollen. El parámetro de control para el Tribunal es la Constitución, también el art. 47, y desde esta posición, desde la perspectiva de la garantía de plena eficacia de la totalidad del texto constitucional, también de los principios rectores que contiene, es desde la que debe formularse el juicio de constitucionalidad (...).

El propio Tribunal ha reconocido lo anterior en relación con el derecho a la salud, también contenido en el capítulo III del título I. En la STC 139/2016, de 21 de julio, el FJ 8 reconoce que «la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43

CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 de la Constitución española para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública. [...] En consecuencia, el art. 43 CE debe ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos [...] En suma, el desarrollo del art. 43 de la Constitución española y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional».

En un sentido similar, se ha reconocido también el carácter vinculante del artículo 45 de la Constitución española y, yendo más lejos, se ha afirmado la existencia de un principio de no regresión en materia ambiental que condiciona la acción del legislador (SSTC 233/2015, de 5 de noviembre, y 132/2017, de 14 de noviembre). Una argumentación equivalente podría haberse formulado respecto del artículo 47 de la Constitución española, en esta sentencia, pero no se hace. Al contrario, parece leerse entre líneas en el texto del fundamento jurídico 6 que el derecho a la vivienda no posee la misma fuerza que el derecho a la salud, o la protección del medio ambiente. Luego no se trata ya de una cuestión de calificación del derecho. Sino de la consideración de la relevancia constitucional de dicho derecho. Y en este punto, esta magistrada confiere una relevancia constitucional evidente al derecho a la vivienda, en sí mismo considerado, y en la medida en que incide en otros derechos cuya naturaleza fundamental no admite dudas, particularmente en el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18 de la Constitución española, y en el derecho a la igualdad real y efectiva que se extrae de la lectura combinada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución española. Todo ello sin perder de vista que

todos estos derechos, en realidad todos los que contempla el título I, confluyen en la garantía de la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española). Estamos hablando de un derecho, de un principio rector, que responde a la necesidad básica de poseer un espacio físico en el que desarrollar una vida personal y familiar autónoma, reservada y digna».

Frente a las tesis de la posición ciertamente conservadora del Tribunal Constitucional español en relación con el valor jurídico del derecho a la vivienda y sus consecuencias, han sido algunos tribunales u otros órganos internacionales los que, al hilo de la resolución del caso concreto, han ido elaborando una jurisprudencia en virtud de la cual se entiende que el reconocimiento al máximo nivel normativo del derecho a la vivienda implica el reconocimiento de ciertos contenidos mínimos del mismo. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asociado el tema de la vivienda con la protección de la vida privada contemplada en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De su jurisprudencia se extrae que, a partir del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es posible derivar algún tipo de obligación u obligaciones positivas para los Estados Parte en materia de vivienda²⁶.

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha desempeñado una labor fundamental en relación con la

²⁶ Un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia en CARMONA CUENCA, E. «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.

protección del derecho a la vivienda²⁷. Recordemos que la Carta Social Europea garantiza el derecho de toda persona a la protección contra la pobreza y la exclusión social en su artículo 30²⁸ y a la vivienda en su artículo 31 (situados, ambos, en la parte II de la Carta). Este último señala que «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1. A favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; 2. A prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. A hacer asequible el precio de las viviendas a las

²⁷ España ha ratificado la Carta Social Europea revisada de 1996. Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021). La Carta entró en vigor en nuestro país el 1 de julio de 2021. Además, España ha declarado, en dicho Instrumento de ratificación, que «acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995». Se ha resuelto, por tanto, la situación anómala de no la ratificación española de un texto tan importante en materia de reconocimiento de derechos.

²⁸ Artículo 30. Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen: a) a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias; b) revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario.

personas que no dispongan de recursos suficientes»²⁹. La protección del derecho a la vivienda por parte de este Comité se ha producido en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas en los asuntos atinentes a categorías vulnerables de personas.

Finalmente, el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea menciona la vivienda en su apartado 3 señalando que «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales». Pero el Tribunal de Justicia, por contraste con las posiciones sostenidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, por el Comité Europeo de Derechos Sociales, ha mantenido una tesis restrictiva al reconducir la vivienda a la categoría de principio susceptible de ser realizado mediante la acción política³⁰. Además, el Pilar Europeo de

²⁹ «La única disposición internacional que reconoce el derecho a la vivienda con entidad autónoma es la Carta Social Europea revisada de 1996 (art. 31), mientras que los otros instrumentos los han abordado como parte integrante de derechos multifacéticos o prolongaciones de derechos conexos, ya sea en el plano normativo o en el de la elaboración jurisprudencial», JIMENA QUESADA, L. «El derecho constitucional a la vivienda en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)», *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario*, Patón García, Gema (coord.), Wolters Kluwer, 2018, p. 55.

³⁰ *Ibidem*, p. 57. Según el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015 (asunto C-539/14, ap. 49), el artículo 34.3 de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda sino

Derechos Sociales, que hace referencia a la vivienda en su objetivo número 19, es un instrumento con un valor meramente programático, aunque, consideramos, podría ser un buen referente de cara a la concreción del derecho a la vivienda que se puede producir aprovechando, en su caso, su *fundamentalización*.

Mientras se suceden este tipo de discusiones académicas y jurisprudenciales, la realidad nos enseña que la vivienda, junto al trabajo, es uno de los derechos en los que el contraste entre norma y realidad es más intenso y es donde, probablemente, la tesis de la *fundamentalización* cobra más sentido y resulte más necesaria, sobre todo teniendo en cuenta el sentido restrictivo de la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional. Se trata, igualmente, de uno de los ámbitos en los que la sociedad denuncia, con claridad, la escasa efectividad real de los derechos sociales (en este sentido, por ejemplo, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de septiembre de 2018). Y, desde luego, si el criterio de selección de los principios que han de ser *fundamentalizados* debe ser un criterio material, es decir, que tenga que ver con el grado de vinculación del concreto derecho social concernido con la dignidad personal, nadie duda de que la disposición de un espacio físico que cumpla determinadas condiciones y que permita desarrollar una vida personal y familiar autónoma está estrechamente conectado con la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad.

«el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda» en el marco de las políticas sociales basada en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La *fundamentalización* de este derecho se puede realizar de diversas formas. Así, por ejemplo, se puede decidir extender la garantía del contenido esencial al derecho manteniendo su actual tenor literal o realizando pequeñas modificaciones al mismo (así, comenzando el precepto señalando «Se reconoce el derecho a la vivienda digna y adecuada...»). Como se ha podido comprobar si se ha leído la introducción de este libro, que nace de la pluma del profesor Diego López Garrido, lo que se propone, a efectos de esquivar el procedimiento de reforma del artículo 168 de la Constitución española, es introducir un nuevo apartado en el artículo 53 de la Constitución española que indique que, entre otros, el derecho reconocido en el artículo 47 de la Constitución española, esto es, el derecho a la vivienda, gozará de las garantías del artículo 53, apartado primero, de la Constitución española donde, como sabemos, se consagra el contenido esencial. En tal caso, el derecho la vivienda quedaría configurado como un principio cuyo contenido esencial o contenido básico irrenunciable debería ir concretando el Tribunal Constitucional a través de sus resoluciones. La configuración de los derechos fundamentales como principios es habitual y, pienso, responde a una correcta comprensión de la nueva morfología del Derecho que ha introducido el constitucionalismo de los principios tendencialmente contradictorios de la segunda mitad del siglo XX.

Como sabemos, el «contenido esencial» es un concepto jurídico indeterminado que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando en los sucesivos recursos de amparo que ha tenido que resolver. En una de sus primeras resoluciones, la sentencia 11/1981, de 8 de abril (que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos

preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo), el Alto Tribunal aportó una doble definición de la categoría del «contenido esencial». En primer lugar, lo definió como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por así decirlo». En segundo lugar, lo identificó con los elementos cuya existencia resulta absolutamente necesaria «para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten, real, concreta y efectivamente protegidos». Ambas afirmaciones son, entiende el mismo Tribunal Constitucional, complementarias (no alternativas ni mucho menos antitéticas), pues, en efecto, un derecho subjetivo desprovisto de las facultades que lo identifican no puede servir a los intereses y valores en atención a los cuales fue reconocido por el ordenamiento jurídico y, a su vez, una regulación legal que frustre las finalidades que dan vida al derecho vaciará de contenido el haz de facultades que son propias del mismo.

Estos rasgos constitutivos del derecho se descubren de la siguiente manera. Primero —no podía ser de otra forma—, la misma sentencia establece que es preciso acudir al propio texto constitucional para determinar el contenido esencial de un derecho. Ahora bien, en la mayoría de los casos hay que hacer un ejercicio de interpretación para dotar de significado al contenido esencial de cada derecho, ya que el texto constitucional, únicamente en contadas ocasiones, muestra con evidencia algún o alguno de los elementos que configuran el contenido esencial del derecho

(por ejemplo, formaría parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones la necesidad de la resolución judicial para proceder a su intervención —salvo en los casos de consentimiento y los, excepcionalísimos, de suspensión del derecho—). Y este ejercicio hermenéutico consistirá, según el propio Tribunal, en indagar en «lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas y, en general, los especialistas en Derecho». El recurso a estos criterios permitirá vislumbrar cuáles son los elementos constitutivos de un derecho o, lo que es lo mismo, su contenido esencial. Es cierto que el recurso a estos criterios se hará atendiendo a las cambiantes circunstancias históricas, pero, eso sí, siempre existirá, en un momento concreto, un conjunto de elementos constitutivos del derecho que limitarán la actuación del legislador³¹.

Otra posibilidad, más ambiciosa, consistiría en, además de extender la garantía del contenido esencial a dicho derecho, plantear una nueva redacción del precepto que mantenga la estructura de principio, pero incorporando contenidos más próximos a la estructura propia de las reglas. Al respecto, se nos ocurre que pueden resultar útiles los avances realizados en la esfera supraestatal que, de alguna manera, ya sugieren lo que puede ser entendido como contenido esencial de derecho.

³¹ En todo caso, y aunque utilizamos ahora el entendimiento absoluto del contenido esencial que defiende nuestro Tribunal Constitucional, hemos defendido un entendimiento relativo del mismo en MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz. «La aplicación judicial del Derecho constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 355-374.

IV. Propuesta de reforma del artículo 47 de la Constitución

1. *Se reconoce el derecho a la vivienda digna y adecuada.*
2. *La Ley promoverá las condiciones necesarias y establecerá las medidas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. Esta Ley habrá de prestar especial atención a las necesidades de vivienda digna de las personas vulnerables/necesitadas.*
3. *Se reconoce el derecho de acceso a viviendas sociales de las personas vulnerables/necesitadas.*
4. *Las personas vulnerables/necesitadas tienen derecho a una asistencia y a una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso.*
5. *Las personas sin hogar tienen derecho a disfrutar de un alojamiento y a recibir los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social.*

Finalmente, la propuesta de reforma del texto constitucional no se detiene en la *fundamentalización* del derecho a la vivienda a través de la aplicación, al mismo, de la garantía del contenido esencial que, como hemos visto, se puede formular de forma más o menos concreta. Se trataría, además, de extender la protección del amparo ordinario y constitucional al nuevo derecho a la vivienda *fundamentalizado* tal y como también se expresa en la introducción de esta obra por parte del profesor Diego López

Garrido. Esto puede contribuir a dotar a este nuevo derecho fundamental de un alto grado de eficacia en un periodo relativamente breve de tiempo. Y aunque, en efecto, dicha posibilidad podría incrementar inicialmente de forma considerable el trabajo del Tribunal Constitucional, confiamos en que la aplicación de la «especial trascendencia constitucional» sirva para ir resolviendo, con el tiempo, la inicial sobrecarga que se produzca como consecuencia de la *fundamentalización* que se propone de, entre otros, el derecho a la vivienda.

Bibliografía

- ABRANOVICH, V., y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.
- ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
- AYUMERICH CANO, C. «El control constitucional de las políticas de austeridad. Examen de la jurisprudencia portuguesa y española», *Crisis, derechos sociales e igualdad*. Nogueira López A.; Lois González, M., Diz Otero, I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. AA.VV vol. II, Cortes Generales/CEPC, Madrid, 2008.
- CARRILLO, M. «La crisis y los derechos sociales en las políticas públicas de la Generalitat», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 2018.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. «Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales», *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Loren-*

- zo Martín-Retortillo. Agirreazjuenagga Zigorraga I.(col.). Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- CHATTON, G. T. *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques sociaux et culturels*, Shulthess Médias Juridiques, Genève, 2013.
- CARMONA CUENCA, E. «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.
- «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Vol. II, Cortes Generales/CEPC, Madrid, 2008.
- DE CABO MARTÍN, C. *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. «El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica», *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, 2013.
- DÍAZ CREGO, M. (2012). «Derechos sociales y amparo constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012.
- DÍAZ REVORIO, F. J. «Globalización, Estado social, coste económico de los derechos fundamentales e interpretación», *Constitucionalizando la Globalización*. García Guerrero, J. L., y Martínez Alarcón, María Luz. Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ESCOBAR ROCA, G. (dir.). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Navarra, 2012.
- FORSTHOFF, E. «Problemas constitucionales del Estado social», *El Estado Social*. Abendroth, W.; Forsthoff, E., y Dohering, D. CEC, Madrid, 1986.
- GIALDINO, R. «El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos», *JA 2013-I*, fascículo núm. 10, Buenos Aires, 6 de marzo de 2012.

- GUILLEM CARRAU, J., «El constitucional portugués ante las medidas de ajuste: la sentencia de 5 de abril de 2013», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio, 2013.
- HOLMES, S., y Sunstein, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Traducción de Stella Mastangelo, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- JIMENA QUESADA, L. «El derecho constitucional a la vivienda en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)», *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario*. Patón García, Gema (coord.). Wolters Kluwer, 2018.
- «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014.
- KOCH, I. E. *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*. Nijhoff, Martinus, Leiden, Boston, 2009.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015.
- «La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Tratado de protección de derechos sociales*. Terol Becerra, M., y Jimena Quesada, L (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MARC, A. *Le fédéralisme fase au futur*, Presses d'Europe, Nice, 1990.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L. «Teoría general de los derechos fundamentales», *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea*. López Garrido, D. (dir.), vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «La aplicación judicial del Derecho constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V. L. «El derecho a la seguridad social ante el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Estudios de Deusto*, vol. 67/1, 2019.

- PISARELLO, G. (ed.). *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- PISARELLO, Gerardo. «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009.
- RUIZ RICO, G. *Derecho constitucional a la vivienda*, Ministerio de Vivienda, Madrid, 2008.

EL DERECHO A PENSIONES QUE
GARANTICEN LA SUFICIENCIA
ECONÓMICA A LOS CIUDADANOS
DURANTE LA TERCERA EDAD.
ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN

MARÍA MERCEDES SERRANO PÉREZ
Profesora de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho-Albacete
Universidad de Castilla-La Mancha

I. El reconocimiento de prestaciones económicas a
personas mayores en derecho comparado y en el
ordenamiento jurídico español

Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial recogen, con una redacción y contenido similares, el derecho de las personas mayores a recibir una prestación pública para su subsistencia, con el fin de cubrir sus necesidades económicas y sociales¹.

¹ A modo de ejemplo, la Constitución italiana de 1947 (art. 38: Todo ciudadano con incapacidad laboral y que carezca de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social. Los trabajadores tienen derecho a que se prevean y garanticen los medios adecuados para sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez, ancianidad y desempleo invo-

Desde la perspectiva internacional y europea, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, el Código Europeo de Seguridad Social (Estrasburgo, 16 de abril de 1964, ratificado por España el 4 de febrero de 1994), así como el Convenio nº 128, de 29 de junio de 1967, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, reconocen el derecho de las personas mayores a recibir recursos suficientes para llevar una vida digna, integrada en la sociedad y participativa.

Por su parte, la Carta Europea de Derechos Fundamentales reconoce y respeta en el artículo 25 «...el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en vida social y cultural», mientras que el artículo 34 alude al derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en diversas situaciones, entre las que se incluye la vejez². Los términos utilizados —reconocer y respetar el derecho a llevar una vida independiente y digna y a parti-

luntario. Los incapacitados y los minusválidos tendrán derecho a la educación y a la formación profesional. De las obligaciones previstas en este artículo responden los órganos e instituciones constituidas o complementadas por el Estado. La asistencia privada es libre). El preámbulo de la Constitución francesa de 1958 recoge el derecho de toda persona incapaz de trabajar a recibir del Estado la prestación necesaria para su mantenimiento. Más recientemente y próxima a nuestro texto constitucional, el artículo 72 de la Constitución portuguesa de 1976 reconoce también las necesidades económicas y sociales de las personas mayores y la obligación del Estado de cubrir las.

² Vid. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez Años de Jurisprudencia*. López Castillo, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

cipar en la vida social y cultural— no dejan de ser un enunciado positivo que necesita un refuerzo económico y legislativo significativo, sin quitar relevancia a la necesidad de arbitrar políticas que favorezcan la integración social de los mayores, de manera que no se conviertan en un grupo excluido de la sociedad y conformen una brecha, simplemente por la condición de la edad. En este sentido, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluye la edad como elemento a tener en cuenta para evitar discriminaciones y una condición a valorar en todas las políticas y acciones de la Unión. Preocupación por los mayores desde Europa absolutamente racional y lógica, ya que el envejecimiento de la población europea y su mayor esperanza de vida justifican la necesidad de dirigir políticas hacia este colectivo, cada vez más amplio, y garantizarle una existencia confortable.

Por lo demás, el reconocimiento de sistemas fuertes de Seguridad Social, que permitan a los mayores disfrutar de pensiones de jubilación sostenibles, seguras y justas compete a los Estados miembros, pues no hay un sistema común europeo, sino reglas para garantizar la coordinación entre los distintos regímenes, con el fin de no obstaculizar la libre circulación de personas y no desestabilizar el crecimiento económico, al tiempo que se persigue garantizar el derecho de las personas mayores a disfrutar de una vejez digna y sin exclusión social.

Por tanto, pese a la ausencia de un modelo conjunto, desde las instituciones europeas se trabaja por la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, siendo éstos un elemento transversal de distintas políticas europeas. Las pensiones constituyen un elemento principal que puede alterar la senda de crecimiento sostenible y sostenido del espacio eu-

ropeo y degradar las condiciones de vida y de disfrute de los derechos de sus ciudadanos. El principio quince del pilar europeo de derecho sociales señala que «los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Las mujeres y los hombres deben tener las mismas oportunidades para adquirir derecho de pensión. Toda persona tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna en la vejez».

La asistencia a los mayores en nuestro ordenamiento interno se encontraba recogida en la Constitución de 1931 (art. 43), manteniéndose su reconocimiento en la normativa del régimen de Franco. En la actualidad, el artículo 50 de la Constitución española (en adelante, CE) reconoce que «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

El artículo 50 CE hay que ponerlo en conexión con el artículo 41 CE, según el cual «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». Pero en el diseño y estudio del sistema de pensiones también hemos de tener presente el derecho al trabajo, recogido en el artículo 35 CE, como derecho y como deber, y a recibir por ello una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del

trabajador y las de su familia. El trabajo es un elemento esencial para el sostenimiento del sistema de pensiones, tal y como está concebido y consagrado en el ordenamiento jurídico español.

II. Las características constitucionales del sistema de pensiones latente en la Constitución Española

El reconocimiento del derecho a recibir una pensión digna se encuentra ubicado en el espacio que contiene la proyección más nítida de derechos y prestaciones que quedan incluidas bajo la fórmula jurídica del Estado social, reconocida en el artículo 1.1 CE. El Estado social constituye una gran estructura jurídico constitucional de la que derivan obligaciones concretas para el Estado; las obligaciones positivas, idea que no deja de ser un concepto huidizo y que no escapa al margen de apreciación de los Estados³. Las obligaciones que el Estado asume por su carácter social le exigen trabajar siempre en pro de la consecución de todos los derechos que se contienen en el Capítulo Tercero, del Título I, de la Constitución, entre ellos la garantía

³ CARMONA CUENCA, E. «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 1212. La autora se refiere a las obligaciones positivas en la doctrina del TEDH en relación con algunos derechos de prestación (más claramente en relación con el derecho a la educación o al derecho a la libertad sindical), pero reconoce su carácter huidizo y el recurso por parte del TEDH al margen de apreciación de los Estados miembros para la adopción de las políticas sociales que decidan la distribución de recursos, pp. 1219 y ss.

de las pensiones con las características que contempla el artículo 50 CE.

Del artículo 50 CE se desprenden varios elementos importantes que diseñan la estructura constitucional de las pensiones, por tanto, con el máximo rango jurídico y político. Aunque ciertamente el Estado social no es un Estado de resultados sino de objetivos permanentes, a mayor implicación pública en la extensión de la igualdad material, mayor consolidación de la estatalidad social, que ya no se percibe tanto como una facultad potestativa del Estado sino como una conquista democrática y social que en determinadas prestaciones no puede admitir un retroceso, bajo el riesgo de socavar también la democracia, el disfrute de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho (la reversibilidad limitada de los derechos sociales, ya analizada en este libro). En efecto, la interconexión de los derechos humanos requiere un mínimo nivel de asentamiento de los derechos sociales para asegurar el disfrute de derechos como la libertad de expresión, el honor, la intimidad, o la inviolabilidad de domicilio. A la inversa ocurre lo mismo⁴. Así pues, la ciudadanía del siglo XXI demanda del Estado no solo una actitud de lucha permanente por alcanzar metas y su implicación activa en la sociedad, sino la consecución de

⁴ Como señala CARMONA CUENCA, E. «Se ha puesto de manifiesto la necesaria indivisibilidad de los derechos humanos, su imprescindible interconexión. Sin la garantía de, al menos, un mínimo nivel de derechos sociales no es posible el disfrute de derechos como la libertad de pensamiento, la libertad de expresión o los derechos al honor, intimidad e inviolabilidad del domicilio, entre otros. Y del mismo modo, no se pueden disfrutar plenamente los derechos sociales si no es en un contexto de garantía de la libertad», «Derechos sociales de prestación y...». ob. cit., p. 1213.

logros y objetivos que, consolidados e irreversibles, mejoren sus condiciones de vida.

Según el artículo 50 CE, la obligación que compete a los poderes públicos es garantizar las pensiones, lo que de nuevo nos lleva a defender la ausencia de neutralidad de los poderes públicos para fijar las condiciones jurídicas y materiales que han de informar el mantenimiento de un sistema público de pensiones, siempre bajo la condición obligatoria de asegurar, garantizar, proveer, es decir, actitudes de trabajo público y constante en dicha dirección.

Pero además, el precepto señala las características que deben reunir las pensiones, que han de ser adecuadas y actualizadas. La adecuación de las pensiones debe orientarse a asegurar la suficiencia económica, también recogida en el artículo constitucional, que incluye como requisito su actualización de acuerdo con los indicadores económicos acordados. Las pensiones adecuadas han de estar diseñadas para prevenir la pobreza y mantener un nivel de vida digno, a través de la sustitución de los ingresos que antes se recibían por el trabajo. Junto a ello, la aspiración a una vida digna en la vejez debe ser mejorada con el acceso a otras prestaciones sociales que faciliten la inserción de los mayores en la sociedad.

La obligación de los poderes públicos ha de completarse con el artículo 149.1.17 CE, que atribuye al Estado la competencia sobre la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la intervención de las Comunidades Autónomas para la ejecución de sus servicios. Por ello el régimen de la Seguridad Social en materia de pensiones es único para todos los ciudadanos, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que vivan.

El modelo público de pensiones por el que opta nuestro sistema de Seguridad Social es un modelo de reparto, según el cual, las cotizaciones de los trabajadores en activo financian las pensiones de los trabajadores jubilados⁵. Unidad de caja bajo la visión de la unidad de la clase trabajadora y la solidaridad entre ella. La solidez que demostró el sistema en los primeros años y hasta finales del siglo xx empieza, no obstante, a ser cuestionada y su quiebra hace tambalear el, hasta ese momento, seguro edificio de las pensiones futuras para los trabajadores en activo del momento⁶. Las dificultades vienen, entre otras cuestiones, de la mano de los problemas de acceso al trabajo estable y de calidad, en definitiva, de las condiciones del mercado de trabajo que están ligadas inescindiblemente a la situación económica. Problemas además absolutamente globales. La cobertura de las pensiones futuras necesitaría una situación de empleo elevada que no se prevé en los próximos años, con lo que la dificultad para la sostenibilidad del sistema está seriamente amenazada.

⁵ Frente al modelo de capitalización (ahorro) durante la vida laboral del trabajador. En algunos países de Europa se opta por un modelo mixto que combina un sistema público de pensiones, con una cuantía mínima basada en las cotizaciones y un sistema obligatorio de capitalización individual, por ejemplo, el caso de Suecia y Holanda.

⁶ Para un análisis del sistema público de pensiones y su situación *vid.*, HERNÁNDEZ DE COS, P.; JIMENO, J. F., y RAMOS, R. «El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma», *Documentos ocasionales*, núm. 1701, Banco de España, 2017, disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasiones/17/Fich/do1701.pdf>

Los esfuerzos para continuar manteniendo la existencia digna de las personas mayores se centran en reforzar jurídicamente la naturaleza de las pensiones, con el fin de evitar su fluctuación en función de las circunstancias económicas, maleabilidad que en nuestra opinión sería contraria al artículo 50 CE, en la medida en que se podrían ver frustradas las características de las pensiones, aunque no por la propia naturaleza del precepto, que constituye un principio rector cuya esencia no admite discusión desde el punto de vista de la exigibilidad⁷.

Por otro lado, la sostenibilidad de las pensiones no puede enfocarse desde una perspectiva aislada, sino que es preciso relacionarla con el mercado laboral, circunstancia ya señalada, la baja tasa de natalidad, la prolongación de la esperanza de vida, factores todos, entre otros, que influyen en un tema tan complejo. Todas las condicionantes coyunturales (o ya estructurales) que acompañan inescindiblemente el mantenimiento y actualización de las pensiones no pueden, no obstante, constituir el argumento justificante para modificar sus límites, según convenga por motivos

⁷ El artículo 53.3 CE afirma que «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán 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». Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.. «Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales», *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, S. L., Madrid, 2010; PACHECO RODRÍGUEZ, M. Á. «Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho», *Revista de la Facultad de Derecho*, Derecho PUCP, núm. 79, 2017; PORRAS NADALES, A. J. «Los principios rectores de la política social y económica», *Manual de Derecho Constitucional*, 2021.

diversos. Al contrario, el derecho a las pensiones, con un determinado contenido inmutable, y el sistema institucional de la Seguridad Social en lo que a ellas atañe, deben constituirse como una barrera infranqueable para el legislador ocasional. El legislador constitucional configuró una Constitución con carácter de norma jurídica en su conjunto, aunque también este último haya reforzado algunos preceptos más que otros, lo que no ha de ser motivo para rebajar la importancia de los más débiles en cuanto a exigibilidad. En este caso los jueces tampoco deben realizar una labor que constitucionalmente ha de acometer el legislador, respetando la separación de poderes propia del Estado de Derecho.

Además, el compromiso político con la defensa de los derechos sociales constituye un elemento a valorar por el elector, en el momento de ejercer su derecho al voto, y conformar mayorías parlamentarias que pueden ser definitivas en la defensa de este tipo de derechos. Al menos, la cultura democrática en el siglo XXI debería enfocarse ya por estos caminos jurídicos, al hilo de una sociedad que demanda pensiones y prestaciones justas y acordes con un determinado modelo de vida.

Por otro lado, la sociedad tiene derecho a conocer la situación económica del sistema y valorar el estado de las pensiones, así como el esfuerzo que hay que dedicar a la creación y al sostenimiento del Estado del bienestar⁸. Una de las principales razones que se argumentan frente a

⁸ Por ejemplo, en los próximos años se plantean los problemas derivados de la jubilación de la generación del baby boom, que constituyen un reto importante que afrontar y al que se debe dar respuesta sin menoscabo del bienestar de los ciudadanos.

la consolidación de los derechos sociales propios del Estado social es la necesidad de contar con un respaldo económico sólido y fuerte que facilite la efectividad de aquellos. Por ello, la sostenibilidad de las pensiones constituye un elemento principal que ha de condicionar la previsión de la política económica del Estado y, por tanto, encauzar de forma positiva la acción del legislador.

III. Justificación jurídica de la reforma

El Estado social incorpora al Estado de Derecho la exigencia de actuar para promover las condiciones necesarias con el fin de conseguir que la igualdad y la libertad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). Igualmente, el carácter social del Estado incorpora en sus entrañas la lucha desde el poder público para remover los obstáculos que impidan o dificulten su implantación plena. Los ámbitos materiales en los que se concreta la actuación del poder público en nuestro ordenamiento constitucional se concentran en el Capítulo Tercero del Título I, bajo la denominación de principios rectores de la política social y económica. La Constitución otorga a estos principios una importancia rebajada, pues permanecen extramuros de la protección reforzada que el artículo 53.2 CE contempla para los derechos reconocidos como fundamentales y quedan ligados a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Así pues, la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales «es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que

han de informar la legislación positiva —art. 53.3 CE— (STC 197/2003, FJ 5)» y que será valorada por el legislador ordinario. Pero la libertad del legislador para modular la acción de la Seguridad Social, principalmente por las circunstancias más amenazantes para las pensiones que son las económicas, aunque también las sociales, «está sometida al necesario respeto de los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación» (STC 61/2013, FJ 6).

El reconocimiento a la existencia de las pensiones en el artículo 50 CE aparece ligado por tanto de manera inescindible, en sus elementos explícitos, al concepto de Estado social como motor de cambio y de eliminación de diferencias injustificables. El empleo de los términos «garantizarán», «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas», y «la suficiencia económica» sostienen un determinado sistema de pensiones y no cualquiera, y además con carácter obligatorio para el Estado social y democrático de Derecho.

Las pensiones siguen constituyendo un elemento principal del Estado social, del círculo esencial que ha de mantenerse y cuya subsistencia, precisamente, constituye un criterio fundamental para seguir hablando de la existencia del Estado social. Vincular el vaivén de las pensiones y su regulación en base a su consideración de derecho prestacional a las circunstancias económicas, despojaría al Estado social de su versión finalista orientada a desbancar las desigualdades y luchar en pro de la igualdad material, y retornaría al pasado al situar al Estado, al menos parcialmente, en un rol abstencionista y desligado de su implicación en la sociedad, desentendido de las obligaciones que le competen.

Podríamos constatar que existe en el Estado social un derecho del sujeto, o unos derechos en plural, dirigidos a asegurar un mínimo de subsistencia⁹, mínimo que cristaliza en los derechos sociales y que por su complejidad deben quedar en manos del Estado, tanto su construcción jurídica, como su protección y defensa. En realidad, el argumento es el mismo que sustentó la intervención del Estado liberal de mínimos para regular y encargarse de la defensa, de las relaciones internacionales, de la seguridad, esto es, de espacios que por su envergadura escapaban a las capacidades individuales. Se trataba de organizar ámbitos materiales sociales necesarios para lograr los objetivos civiles y políticos de la clase dominante. Ahora, con la democracia, los derechos de prestación constituyen los objetivos que todos los ciudadanos aspiran a disfrutar, para lo cual requieren la mediación del poder público.

El refuerzo y sostenibilidad del sistema de pensiones y el respeto a las características inmutables que el sistema debe incorporar, gracias a la intervención del legislador ordinario, pueden extraerse del acuerdo adoptado en el Parlamento bajo la denominación Pacto de Toledo.

⁹ De niveles mínimos factibles de los derechos sociales de prestación, más allá del derecho a la educación, habla E. Carmona Cuenca. La fijación de ese mínimo factible es tarea del legislador, aunque los tribunales podrían fijar también, dice la autora, unos estándares básicos de protección en caso de actividad legislativa injustificadamente restrictiva o de ausencia flagrante de la actividad en la protección de los derechos sociales de prestación, «Derechos sociales de prestación...», ob. cit., p. 1216.

IV. Algunos elementos del pacto de Toledo acordes con la sostenibilidad y blindaje del sistema de pensiones

El acuerdo sobre el mantenimiento de las pensiones y su revalorización tuvo lugar con motivo de la aprobación por unanimidad del *Informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberían acometerse*¹⁰, por el pleno del Congreso de los Diputados en abril de 1995. El llamado Pacto de Toledo, nombre con que se conoce al acuerdo desde ese momento en adelante, fue renovado en el año 2003, tras la aprobación del *Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo*, contando con una amplia mayoría en el Congreso de los Diputados. En el año 2011 fue revisado y aprobado, a través del Informe de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo denominado *Informe, Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, que de nuevo gozó de amplia mayoría en el Congreso de los Diputados. En el año 2020 se aprobó la reforma de dicho pacto, denominada *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*¹¹. El balance de la última reforma asume las recomendaciones realizadas al Pacto en el 2011, así como el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011, que dio como fruto la ley

¹⁰ El informe fue elaborado y aprobado por la Comisión de Presupuestos del Congreso de los Diputados el 30 de marzo de 1995.

¹¹ *Informe, Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, BOCG, serie D, núm. 175, de 10 de noviembre de 2020.

27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Además del acompañamiento normativo de la ley a través del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, nos encontramos con la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. En la actualidad, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones¹² y el Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022¹³ constituyen la normativa a aplicar.

Del análisis del renovado Pacto de Toledo se pueden extraer elementos destacados para la defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones y su reflejo en la Constitución, algunos de los cuales vamos a señalar someramente.

La recomendación 1 defiende la pervivencia del sistema público de Seguridad Social, que se ha consolidado como uno de los elementos esenciales del Estado social, del Estado de bienestar español, como elemento clave también de una política de cohesión y de solidaridad, de universalidad, unidad, suficiencia e igualdad, principios que sostienen la actividad protectora del Estado. Estos principios

¹² BOE núm. 312, de 29 de noviembre de 2021.

¹³ BOE núm. 22, de 26 de enero de 2022.

comprometen también a la sociedad, a los trabajadores y por tanto contribuyentes, a asumir un conjunto de obligaciones del que derivarán beneficios para las generaciones futuras. Esto muestra que en el seno del Pacto de Toledo late el compromiso para mantener, mejorar y adaptar el sistema de pensiones y hacerlo imperecedero para las generaciones siguientes. Se continúan defendiendo los mismos principios que vieron nacer el sistema público de pensiones.

El problema, cada vez más acusado, es la financiación de la Seguridad Social. La recomendación 0 del Pacto de Toledo apuesta por la financiación, a través de las aportaciones del Estado, de las pensiones no contributivas y los servicios de carácter universal, mientras que las cotizaciones deben ser el sustento principal de la cobertura financiera de las prestaciones contributivas, sin renunciar por ello a recursos adicionales, basados, continúa señalando la recomendación, en la imposición general.

Uno de los elementos clave para el sostenimiento y saneamiento del sistema es la clarificación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social¹⁴, su mantenimiento separadas. Las cotizaciones sociales deben financiar las prestaciones contributivas, mientras que la financiación de las prestaciones no contributivas ha de provenir de las aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social. Pese a esta distribución, en la que insiste la Comisión encargada de la reflexión y aprobación del Pacto de Toledo desde el año 1995, en ocasiones las cotizaciones sociales han sufragado gastos de naturaleza no contributiva. Por eso, la separación de las fuentes de financiación es necesaria

¹⁴ Recomendación 1.

para garantizar la sostenibilidad del sistema; clarificar las fuentes de financiación y no realizar trasvases casuales para resolver situaciones puntuales de dificultad económica.

A modo de ejemplo, existen prestaciones, políticas públicas o partidas como las reducciones en la cotización, que puede incentivar el empleo, acciones de ayuda a sectores productivos concretos, como el anticipo en la edad de jubilación o tratamiento favorable para las actividades que desarrollen jóvenes en formación que, por no pertenecer al ámbito propio contributivo de la Seguridad Social, deberían ser financiadas por la fiscalidad general. En algunos casos, las cuotas de empresas y trabajadores han sido empleadas para financiar políticas estatales, al margen de las atribuciones de la Seguridad Social. Del mismo modo, las ayudas a las familias y a las situaciones asimiladas al alta por el cuidado de familiares, tendrían que dejar de ser sufragadas con cargo a cotizaciones sociales. En este sentido y para depurar la relación de gastos atribuidos a las cotizaciones sociales, esto es, dejar solamente a cargo de estas últimas las pensiones contributivas, ha sido necesaria la modificación del artículo 109 LGSS¹⁵, para iniciar la reordenación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social.

La dedicación de las cotizaciones a la financiación de las pensiones contributivas hubiera evitado las tensiones generadas por el empleo del excedente para financiar otras políticas sociales y otras estructuras del Estado del bienestar. Como consecuencia de dicha desviación, se han dedi-

¹⁵ Modificado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

cado préstamos del Estado a la financiación de la Seguridad Social, cuando con las cotizaciones hubiera sido suficiente para financiar las pensiones contributivas. La Comisión señalaba que el problema de la recuperación, como consecuencia de los préstamos, podía resolverse «... permitiendo a la Administraciones titulares de la gestión adquirir la plena titularidad dominical de los establecimientos donde se ubican los servicios de referencia» (principalmente centros de salud y de asistencia social). Dicha transferencia —sigue diciendo el Informe— se ha de llevar a cabo sin menoscabar los derechos económico patrimoniales de la Seguridad Social¹⁶. El problema de los préstamos concedidos por el Estado ocasionó el traslado del déficit desde el Estado a los presupuestos de la Seguridad Social, que podía haberse realizado vía transferencias. La manera de intentar cobrar dichas deudas fue recurrir al patrimonio inmobiliario de la Seguridad Social, cuando el patrimonio inmobiliario de la Seguridad Social debía servir para la consecución de sus fines propios, como es el mantenimiento de las pensiones. La Seguridad Social dispone de un valioso patrimonio inmobiliario que podía ser destinado a sufragar sus necesidades y no a hacer desaparecer la deuda contraída con el Estado.

La recomendación parlamentaria relatada se incluyó en la disposición adicional trigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto¹⁷. A tenor de esta disposición, la Administración de la Seguridad Social entregaría, en pago de la deuda contraída por los préstamos a la Administra-

¹⁶ *Informe...*, p. 62.

¹⁷ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

ción General del Estado, sus edificios y equipamientos destinados a la asistencia sanitaria y a la asistencia social, con algunas excepciones en relación con competencias propias. La disposición derogatoria segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, suprimió dicha disposición adicional, aunque la revisión del Pacto de Toledo para el año 2020 volvió a resucitar esta acción. De este vaivén normativo se ha derivado una situación de incertidumbre y pesimismo en la población, que ha asistido con pavor al desequilibrio y desorden del sistema. Para huir de estas modificaciones eventuales, la inclusión en el artículo 50 CE de la limitación a las posibilidades de manejar al antojo del legislador estos aspectos que quiebran la estabilidad del sistema, podía ser una de las soluciones por las que sea aboga en estas páginas.

La recomendación 2 se refiere al mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones, garantía que debe asegurarse mediante ley, junto con las medidas necesarias para buscar y consolidar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro. La revalorización anual de las pensiones, basada en el IPC real, representa el medio más certero para asegurar su poder adquisitivo, es decir, la vinculación de la revalorización de las pensiones a la inflación. Como la conservación de las pensiones debería estar garantizada de este modo, ello no ha de ser inconveniente para introducir políticas y acciones dirigidas a mejorar su poder adquisitivo cuando la situación económica estructural lo permita. Ahora bien, «la recomendación señala que la sostenibilidad del sistema exige que solo se financien con cargo a los recursos de la Seguridad Social los gastos correspondientes al estricto mantenimiento de las pensiones, mientras que toda subida por encima del IPC debería ser sufragada con cargo a otros

recursos financieros, con el respeto a los distintos modelos de financiación existentes en el Estado». No obstante, el Estado continúa incentivando el desarrollo de la previsión social complementaria, tal y como se desprende de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

La sostenibilidad del sistema de las pensiones, tal y como está diseñado en la actualidad, necesita un volumen alto de empleo en la sociedad. El pleno empleo, que es la situación ideal a la que aspira el contexto laboral, debe ser un objetivo prioritario de los agentes sociales, del poder público y de los agentes privados. Pero el empleo ha de ser de calidad y estable para poder revertir beneficiosamente en la Seguridad Social. Las políticas que incentivan el empleo no deberían ser financiadas con cargo a las cotizaciones sociales. El principio de separación de fuentes, defendido como eslabón que facilitaría la sostenibilidad del sistema, refuerza esta posición. Las medidas de fomento de la contratación deben priorizar colectivos especialmente sensibles a la minoración de su pensión, como pueden ser los parados de larga duración, o favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores ya contratados que tengan 55 años o más, con el fin de facilitarles el acceso a una pensión digna. Por otro lado, la prolongación voluntaria de la vida laboral superando la edad ordinaria de jubilación, no puede ser la regla general ni la salida forzada ante la probabilidad de obtener una pensión insuficiente. Podría insistirse en la compatibilidad de la pensión con los ingresos recibidos por el desarrollo de una actividad profe-

sional. Asimismo, la jubilación anticipada debería reservarse para los trabajadores que cuenten con largas trayectorias de cotización y opten voluntariamente por acogerse a ella. También hay que valorar el adelanto de la edad de jubilación para determinados colectivos.

Un apunte más. El Fondo de Reserva constituye una herramienta útil para la conservación del sistema. La creación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, a instancias del Pacto de Toledo, tiene como finalidad «almacenar y reservar» los excedentes financieros de épocas de crecimiento económico para poder ser rescatados por la Seguridad Social en épocas de dificultad y hacer frente, así, a las posibles reducciones en las prestaciones. El uso del Fondo debería limitarse exclusivamente al pago de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. Que el Fondo lleve varios ejercicios en disminución constata el desequilibrio financiero constante que daña las cuentas de la Seguridad Social. Reestablecido el equilibrio financiero, se debería respetar el criterio de incorporar los excedentes de las cotizaciones al Fondo de Reserva. La caída de fondos en la hucha de las pensiones supone un problema para solventar los retos financieros que se presentarán. Quizá fuera necesario establecer por ley un remanente mínimo en el Fondo, cuya alteración por el legislador podría someterse a requisitos severos (mayorías cualificadas) que dificultaran enormemente su disponibilidad, más allá de las prestaciones contributivas previstas, tal y como insiste la Comisión. Esta última, además, considera que el Fondo de Reserva no es el mecanismo adecuado para canalizar desequilibrios financieros estructurales, que han de resolverse a través de las reformas estructurales necesarias.

Para la sostenibilidad del sistema se ha ampliado progresivamente, de 15 a 25 años, el periodo de tiempo utilizado para calcular la base reguladora (culmina en el 2022). Esta ampliación supondrá un reforzamiento de la contributividad del sistema de pensiones, pero aflora otros problemas como el impacto que tendrá en la vida laboral del trabajador, en ocasiones con espacios de desempleo y precariedad. Podría contemplarse también la elección por parte del trabajador de los años más favorables para la determinación de la base reguladora de la pensión. Se mejoraría así la situación de personas que durante un periodo amplio de tiempo han visto reducida su base de cotización. Hay también que evaluar la progresiva ampliación del periodo cotizado necesario para alcanzar el cien por cien de la base reguladora prevista en la norma. Y en todo ello, como enfatiza la Comisión, habrá que estar muy pendiente de no ampliar la brecha de género en materia de pensiones.

V. Propuesta de reforma del artículo 50 de la Constitución Española

Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

La actualización anual de las pensiones para garantizar su poder adquisitivo se realizará al comienzo del año teniendo

en cuenta el aumento en el Índice de Precios al Consumo registrado en el ejercicio anterior.

Los gastos públicos derivados de políticas no contributivas serán asumidos por los Presupuestos Generales del Estado, dejando a la Seguridad Social, de forma exclusiva, la financiación relativa al sistema público de pensiones.

Los recursos del Fondo de Reserva solamente se emplearán para atender desviaciones en el nivel de gasto de la Seguridad Social, ya sean derivadas del desequilibrio intergeneracional o de cualquier circunstancia que pueda mermar el poder adquisitivo de las pensiones. En particular los recursos se dirigirán a reducir las cotizaciones sociales o mejorar la cuantía de las pensiones.

Bibliografía

- BARRIOS BAUDIOR, Guillermo L. «La revisión del Pacto de Toledo». *Temas Laborales*, núm. 73, 2004.
- CARMONA Cuenca, Encarna, «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derechos Políticos*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre, 2017.
- HERNÁNDEZ DE COS, P. y otros. «El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma», *Documentos ocasionales*, núm. 1701, Banco de España, 2017, disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadadas/DocumentosOcasionales/17/Fich/do1701.pdf>
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio (dir.). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez Años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- Informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberían de acometerse, *BOCG*, serie E, núm. 134, de 12 de abril de 1995.
- Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, *BOCG*, serie D, núm. 596, de 2 de octubre de 2003.
- Informe, Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, *BOCG*, serie D, núm. 513, de 31 de enero de 2011.
- Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, *BOCG*, serie D, núm. 175, de 10 de noviembre de 2020.
- PACHECO RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. «Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho*, Derecho PUCP, núm. 79, 2017.
- PECES BARBA, Gregorio. «Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales», *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson S. L., Madrid, 2010.
- PORRAS NADALES, A. J. «Los principios rectores de la política social y económica», *Manual de Derecho Constitucional*, 2021.

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ANTONI FARRIOLS SOLÁ
Analista de aplicaciones informáticas

Ma CELIA FERNÁNDEZ ALLER
Profesora contratada doctora
Escuela Técnica Superior de Ingeniería de Sistemas
Informáticos de la Universidad Politécnica de Madrid

I. Introducción. finalidad de la propuesta

Tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), el ritmo de avance vertiginoso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) ha seguido tensionando la protección de los derechos de la ciudadanía. Tanto en Europa como en España se han ido dando pasos, aunque se demuestran insuficientes, en relación a la protección de datos personales. Destaca en relación a este asunto, la aprobación hace

dos años de la Carta de Derechos Digitales de España, que aún no teniendo vinculación normativa, apunta en la buena dirección para perseverar en la consecución de nuevos desarrollos legislativos.

En este contexto, se cree necesario actualizar la Constitución Española (CE), con una formulación suficientemente amplia que profundice en los derechos más allá del entorno en el que se produzcan los cambios tecnológicos.

El elemento clave para que la revolución digital ponga a la persona en el centro, es una ciudadanía consciente y comprometida en la defensa de sus derechos y libertades. La inhibición sería una amenaza aún mayor que un crecimiento descontrolado de la tecnología. Por ello se pretende contribuir al debate social y político que ayude a encauzar dichos avances por un sendero de derechos, libertades, competitividad, bienestar y salud democrática.

La iniciativa de abordar los retos a los que nos enfrentamos los ciudadanos, en lo que respecta a la salvaguarda del derecho a la protección de datos personales, parte del hecho de que tanto las administraciones como las empresas y organizaciones en general recaban y manejan constantemente datos de carácter personal acerca de cada persona y con muy distintos fines o propósitos.

Esta propuesta nace con la doble finalidad de ser, por un lado, referencia y ayuda tanto para la persona interesada como para el legislador y, por otro, de ayudar a elevar el conocimiento y el debate social sobre una materia que sigue siendo en nuestro país una asignatura pendiente. La conciencia social sobre la importancia del asunto no crece

proporcionalmente al vertiginoso ritmo en que se producen los cambios tecnológicos¹.

II. La CE de 1978 debe tener en cuenta la evolución de la tecnología

El artículo 18.4 CE ha cumplido y está cumpliendo una misión importantísima. Recordemos el texto del párrafo: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Esta formulación ha permitido reconocer el derecho fundamental a la protección de datos personales. Sin embargo, la velocidad de los cambios tecnológicos y las amenazas que estos producen a este derecho justifican una mínima actualización del texto constitucional con el objetivo de que se consoliden los derechos con independencia del entorno en que se produzcan los avances tecnológicos.

El contexto en el que se produce esta propuesta es propicio, puesto que se ha aprobado en 2021 la Carta de Derechos Digitales. Es necesario un marco regulatorio que le dé fuerza jurídica bajo el paraguas normativo proveniente de la Unión Europea (UE en adelante).

¹ *El País*. La voz ausente de la ciudadanía en la revolución digital. https://elpais.com/elpais/2021/05/20/3500_millones/1621462967_207276.html

III. Antecedentes

En el mes de noviembre de 2017, el Consejo de ministros aprobó el Proyecto de una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos para adaptar, decía en su Exposición de Motivos, nuestra legislación a las disposiciones del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD) introduciendo novedades y mejoras en la regulación de este derecho fundamental. El RGPD, en vigor desde el 25 de mayo de 2018, recoge como uno de sus principales objetivos, acabar con la fragmentación existente en las distintas normativas de los países comunitarios. Además, persigue la adaptación de normas de protección de datos a la rápida evolución tecnológica y los fenómenos derivados del desarrollo de la sociedad de la información y la comunicación.

Se expresó en su momento la satisfacción por las mejoras reflejadas en el texto del Proyecto a la espera de que se confirmaran a lo largo de todo el debate parlamentario. Además, en una colaboración conjunta entre la APDHE (Asociación pro-Derechos Humanos de España) y la Fundación Alternativas (FA) se entregaron a los Grupos Parlamentarios un buen número de propuestas de enmienda que fueron asumidas en buena parte.

Pero, después de su paso por el Congreso y Senado, se incorporó en la LOPDGDD una Disposición final tercera para modificar la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), añadiendo el ar-

título 58 bis 1 para habilitar la previsión del Considerando 56 del RGPD que dice: «Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas».

Se explicitó entonces la oposición a esta iniciativa puesto que podían desintegrarse sustancialmente algunos de los avances incorporados en la nueva LOPDGDD, como son:

- La exclusión de la figura del «consentimiento tácito» en el tratamiento de los datos de carácter personal que se sustituye por una acción afirmativa y expresa por parte del afectado y se recoge manifiestamente el deber de confidencialidad.
- La prohibición de almacenar datos de especial protección como «ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, origen racial o étnico y creencias». En estas categorías de datos, el solo consentimiento del interesado no basta para dar viabilidad al tratamiento.

Además, la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 292/2000 es clara en el sentido de que «el derecho a la protección de datos es un derecho esencialmente de prestación cuyo objeto son los datos que permiten identificar a una persona, y su propósito es que esa persona sepa, consienta y pueda disponer en todo momento sobre la publicidad de sus datos y el alcance que ella

tenga». Como señala el Profesor Villaverde Ignacio, «la privacidad protege el dato antes de ser conocido y la protección de datos lo hace una vez que se revela a un tercero».

Dicho lo anterior, conviene destacar que, si la «sociedad civil» no hubiera intervenido con eficacia para resolver problemas que se generan, como es el caso, en el Poder Legislativo, en estos momentos tendríamos lesionada gravemente la libertad ideológica de los ciudadanos, precisamente por una interpretación torticera del RGPD ya que en la situación que nos ocupa, los derechos fundamentales hubieran quedado gravemente lesionados al amparo del RGPD y de la LOPDGDD.

Por todo ello, se solicitó a la APDHE que pidiese a Diego López Garrido, en su calidad de catedrático de Derecho Constitucional, que estudiara la posible inconstitucionalidad del texto y que, en ese caso, redactara el correspondiente Dictamen. Así ocurrió, y en febrero de 2019 se entregó dicho Dictamen al Defensor del Pueblo, solicitando el correspondiente recurso de inconstitucionalidad y a primeros de marzo de 2019, el Defensor comunicó la interposición de dicho recurso.

La enmienda que originó dicho rechazo y las acciones ejercitadas ante el Defensor del Pueblo fue introducida en el texto de la LOPDGDD que se estaba debatiendo, por un Grupo Parlamentario con el apoyo de todos los demás en el Congreso de los Diputados, se refiere a la Disposición Final Tercera que modificaba la Ley Orgánica de Régimen Electoral. En su exposición de motivos alegó el legislador que proponía esta iniciativa «para que no se pudiera producir en España el conocido como escándalo de Cambridge Analytica (López Garrido Diego en su análisis publicado

«La protección de datos personales y el caso Facebook, una cuestión transnacional»).

El legislador, en vez de intentar controlar el cambio para que no afecte negativamente a los derechos fundamentales de las personas, y alegando que pretende evitar en España escándalos como el referido, lo que hizo de hecho fue legalizar preventivamente estas situaciones para que de esta forma pudieran ser consideradas normales; y ello olvidándose de que se está hablando de un tipo de dato sensible como es el de la ideología.

La APDHE y la FA pensaron, acertadamente, que mientras el TC no restableciera la seguridad jurídica en esta materia que es reserva de ley Orgánica, aquí en España se abría la posibilidad de que los partidos políticos pudieran estudiar de forma no anonimizada las opiniones políticas recopiladas y pudieran confeccionar perfiles ideológicos para utilizarlos en las campañas electorales.

A mediados de marzo de 2019 el TC informó públicamente mediante nota informativa de la admisión a trámite del recurso y en mayo el TC ya anticipaba su fallo favorable a la petición de inconstitucionalidad, en el sentido siguiente: «El pleno del TC declara que es inconstitucional, por falta de garantías legales que los partidos políticos puedan reunir datos relativos a opiniones políticas de los ciudadanos». Aproximadamente un par de días después, el TC publicó la resolución y se anulaban los preceptos de la LOPDGDD y de la LOREG que eran contrarios a la Constitución.

Por todo lo que precede, se ha considerado oportuna la inclusión de esta reciente muestra, hay muchas más, de compromiso constitucional de dos organizaciones de la sociedad civil. En esta línea de actuación, la propuesta de

modificación de la CE que se presenta en los siguientes apartados de este estudio² se considera otro ejemplo de compromiso y de responsabilidad.

IV. Normativa e iniciativas que justificarían la reforma de la CE

El derecho a la protección de datos personales, reconocido también en el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF), es un derecho fundamental por el que la persona puede controlar el uso que se hace de sus datos personales, sean íntimos o no, para evitar usos que le perjudiquen.

Se trata de proteger a la persona a través de la protección de sus datos personales (Rebollo Delgado, Serrano Pérez, 2019), y se refiere a los que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado. Este derecho atribuye al interesado facultades positivas de control (Goig Martínez, Núñez Martínez, Núñez Rive-ro, 2006).

La privacidad se refiere a los aspectos parciales de la vida humana que al descontextualizarse ofrecen una visión inexacta del individuo que puede perjudicarle. El ámbito

² Es casi obligado decir que aquella iniciativa, junto a otras, que propició esta nueva sentencia del TC, fue premiada el 28 de enero de 2020 por la Agencia Española de Protección de Datos, coincidiendo con el Día Internacional de la Protección de Datos.

privado lo determina cada uno. Los artículos 7 y 8 de la Convención Europea de DDHH reconocen el derecho a proteger la vida privada y a prohibir cualquier interferencia con el derecho a la privacidad. El Supervisor Europeo de Protección de datos entiende que es un concepto más amplio que el de derecho a la protección de datos personales, aunque en la práctica suelen identificarse³.

1. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Cómo se ha comentado, la UE ha reconocido el derecho a la protección de datos personales y a la dignidad humana mediante el RGPD, completado después en España por la LOPDGDD.

Es destacable, por ejemplo, la expansión territorial que realiza el Reglamento, ya que es aplicable a entidades que, no teniendo su sede en la UE, inciden en monitorizar la conducta de los ciudadanos a través de sus datos personales. Esta medida ha sido apoyada por expertos, como López Garrido Diego en varios de sus trabajos, y expertas, como Zuboff Shoshana en su libro «La era del capitalismo de la vigilancia», cuando señalan que es urgente la regulación del mundo digital incluso a nivel transnacional.

El RGPD ha producido un traslado parcial del canon constitucional de protección de este derecho fundamental (Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de

³ European Data Protection Supervisory. *Data protection*. https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection_en [03-03-2023].

LOPDGDD. Ref. 757/2017. Apartado de consideraciones). Esto es clave, puesto que algunas regulaciones que le afectan vendrán impuestas por Europa, como la Ley de Gobernanza de Datos⁴ o el Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas⁵.

La Ley de Gobernanza de Datos tiene el objetivo de promover la disponibilidad de datos para su reutilización intersectorial y transfronteriza. Se pretende así establecer una serie de mecanismos idénticos en toda la UE con los que impulsar la reutilización, creando espacios comunes de datos interoperables a escala europea en sectores estratégicos como el transporte, la salud o la energía⁶. A los efectos de este trabajo, nos interesarían los datos de carácter personal.

Por otro lado, el Reglamento sobre privacidad y comunicaciones electrónicas tiene el objetivo de clarificar y simplificar el procedimiento para prestar consentimiento a través de las *cookies*.

⁴ Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos).

⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), COM (2017) 10 final de 10 de enero de 2017.

⁶ PÉREZ DE LAS HERAS, BEATRIZ. «Los derechos digitales en la Unión Europea: del liberalismo económico a la protección jurídica», *Revista General de Derecho Europeo*, ISSN-e 1696-9634, núm. 57, 2022.

Sin embargo, se han puesto de manifiesto dificultades de encaje entre estas propuestas regulatorias y el RGPD. Para que en la UE se pueda garantizar un espacio de protección de los datos personales y otros derechos digitales de las personas habrá que corregir incoherencias⁷ y delimitar correctamente las garantías de cada instrumento específico. El Reglamento de Gobernanza de datos excluye los «acuerdos u otras prácticas relativos a la reutilización de aquellos datos que obren en poder de organismos del sector público que contengan categorías de datos de las enumeradas en el artículo 3, apartado 1», entre las que se encuentran los protegidos por protección de datos. Pero esto ha de hacerse compatible con la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

El RGPD es sin duda un paso adelante pero también insuficiente para la implicación de EEUU y China en la adecuada política global de protección de datos personales que se requiere en la era que estamos viviendo. Muchos autores lamentan que el RGPD no haya conseguido unificar las regulaciones de protección de datos siquiera en Europa. El Reglamento coexiste con normas nacionales secto-

⁷ Dictamen conjunto 3/2021 del CEPD y SEPD sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la gobernanza europea de datos (ley de Gobernanza de Datos), 2021, p. 17, disponible en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpbbedps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-032021-proposal_es [consultado el 22 de marzo de 2022].

riales en los países⁸ y además contiene varias limitaciones en su aplicación.

La insuficiencia a la que nos referíamos en el párrafo anterior podría subsanarse si en un próximo futuro cristalizara en el marco de Naciones Unidas bajo el liderazgo de la UNESCO una cooperación mundial en derechos humanos ante los avances tecnológicos, porque de lo contrario, el futuro será sombrío para las libertades y derechos de las personas. En esta dinámica, el RGPD debiera jugar un papel esencial.

2. LA LO 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

Según (Casas Emilia, 2020): «La relación entre el Derecho de la UE, el RGPD y la CE prosigue en el cierto análisis del profesor Piñar Mañas José Luís, que, al hilo de la Sentencia del TC 76/2019, de 22 de mayo, destaca la condición de la ley europea de «parámetro interpretativo del alcance y contenido» del derecho fundamental a la protección de datos personales reconocido en el artículo 18.4 de la CE. El profesor Piñar se pregunta si es necesario, en particular, reformar la CE, en la línea de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018, para otorgar efectividad a los derechos en la sociedad digital y qué cambios, en general, ha de adoptar el Derecho para proteger la privacidad de las personas y sus datos persona-

⁸ RALLO LOMBARTE, Artemi. «El nuevo derecho de protección de datos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2019, p. 48.

les ante el imparable avance tecnológico. Partiendo de que la CE admite una interpretación extensiva de sus derechos, valores y principios al entorno digital, no deja de resaltar los riesgos a que se enfrentan en ese entorno los derechos a la privacidad y a la identidad ante el tratamiento masivo de los datos personales...» El mencionado profesor no se define claramente a favor de modificar la CE y además se pregunta por la posible obsolescencia en la que podría caer el texto constitucional si en un futuro los avances tecnológicos ya no se produjeran en un entorno digital.

Por otro lado, Rallo Artemi escribe en el número 100 de la Revista de Derecho Político de la UNED de 2017 en su estudio « De la «Libertad Informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018): «El artículo 18.4 CE ... evidencia sus limitaciones para atender las necesidades contemporáneas de garantía de los derechos en Internet y ante la Tecnología. Una hipotética reforma de la CE debería incluir su actualización a la era digital y constitucionalizar una nueva generación de derechos digitales, de carácter sustantivo o prescricional...».

Conviene recordar que para incluir los nuevos derechos digitales en la LOPDGDD hubo muy poco debate y se optó en sede parlamentaria por la controvertida solución de añadirle un Título X para responder a aquella necesidad, eludiendo los debates de fondo que merecía el asunto.

3. LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES⁹

La Carta de Derechos Digitales que se presentó por parte del gobierno de España en julio de 2021 tiene un gran valor, pues transmite un mensaje potente y supone un marco de referencia para la acción de todos los poderes públicos que permita navegar en el entorno digital aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades. Y aunque todavía no es jurídicamente vinculante, tiene fuerza moral que va más allá de lo meramente jurídico. Es una valiosa guía que establece pautas de acción consensuadas. El siguiente paso ha de ser regular todo aquello que se insinúa en la carta, para dotar a la ciudadanía de herramientas que les permita defenderse ante posibles vulneraciones de sus derechos digitales. Si bien la Carta representa un compromiso político con la garantía de los derechos digitales, se requiere un marco jurídico aplicable y oponible por los ciudadanos en sus relaciones con las empresas y el poder público en otros aspectos más allá de la LOPGDD y el RGPD.

En este sentido, el gobierno de España ha apostado en su Agenda Digital por la importancia de reconocer nuevos derechos digitales (España Digital, 2026), aunque en la doctrina no es una opinión mayoritaria¹⁰.

⁹ Un desarrollo más extenso de esta carta puede encontrarse en: FERNÁNDEZ ALLER, Celia. «La Carta de Derechos digitales de España. Desafíos pendientes», *Revista de Privacidad y Derecho digital*, 2022.

¹⁰ CUSTERS, Bartículo. «New digital rights: Imagining additional fundamental rights for the digital era», 2022.

La Carta de Derechos digitales es una de las primeras que se reconocen a nivel internacional, junto con Portugal y Chile. Además, la «Declaración europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital» publicada el 26 de enero de 2022 mantiene grandes similitudes con la Carta española. Como se ha dicho, la primera formulación de derechos digitales ya se recogió en la Ley Orgánica de protección de datos de 2018, que ha reconocido varios derechos digitales, y sería muy necesario dar desarrollo reglamentario a cada uno de ellos para facilitar su exigibilidad. En la Carta de Derechos Digitales se completa el listado, agrupándose en seis categorías principales de derechos: derechos de libertad; de igualdad; de participación y de conformación del espacio público; del entorno laboral y empresarial; derechos digitales en entornos específicos y de garantías y eficacias.

Entre los derechos de libertad, se incluye el derecho a la protección de datos de carácter personal. Quedó pendiente un desarrollo más amplio de este derecho, porque el modelo de consentimiento actual tiene muchas dificultades en la práctica.

El derecho a la protección de datos ha sido considerado tradicionalmente como un derecho individual que se modula en función de las preferencias de cada ciudadano. Con el reconocimiento del derecho a revocar el consentimiento, se ha entendido que el derecho está protegido. Sin embargo, las condiciones en las que se presta el consentimiento en el mundo digital, a pesar de los avances que el RGPD ha traído consigo eliminando el consentimiento tácito, han convertido a la privacidad en servicio, más que un derecho (Baruh Popescu, 2017). Es necesario un nuevo sistema de gestión del consentimiento.

La actual regulación tampoco evita la venta indiscriminada de datos personales, estando pendientes de regulación algunos otros asuntos¹¹.

Otro asunto pendiente de regulación en la LOPDG-DD es la Inteligencia artificial (en adelante, IA). En la ley se obliga a informar al interesado acerca de la existencia de decisiones automatizadas (incluyendo la elaboración de perfiles), la lógica aplicada y la importancia y consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Pero, tal y como se ha recordado ya (Fernández-Aller, 2022) no se establecen criterios concretos para determinar el contenido y alcance del derecho a conocer la información significativa sobre la lógica implícita en todo tratamiento automatizado de datos personales con algoritmos de *machine learning* o que incluya elaboración de perfiles. Por ello, el ICO (Agencia inglesa de protección de datos) y el Instituto Alan Turing han determinado cuál ha de ser el contenido de la explicación fundamentada que garantice la transparencia e interpretabilidad no sólo del procedimiento seguido por el modelo algorítmico, sino también de los datos utilizados por el modelo¹².

Otro ámbito en el que la protección de datos presenta muchos retos es el del intercambio de información personal de los menores. Son muchos los asuntos pendientes de regulación en relación a la cesión de datos personales en el ámbito del juego *on line* y en el uso de redes sociales.

¹¹ Una aportación clave en esta materia es la nueva publicación de VÉLIZ, C. *Privacidad es poder*, Ed. Debate, 2021.

¹² ICO & ALAN TURING INSTITUTE, 2020; GUTIÉRREZ, Estrella. «Trazabilidad y explicabilidad de los algoritmos públicos».

Asunto clave es además el hecho de que el tratamiento masivo de datos personales a través de IA acaba teniendo repercusiones colectivas, no sólo individuales. Por eso, algunos autores justifican la regulación de la privacidad de grupo. Tal y como recuerda Cotino Hueso, «el derecho de protección de datos tal como se ha desarrollado para el derecho de protección individual, no es capaz de lograrlo¹³». El derecho de protección de datos queda sobrepasado. La propuesta de una privacidad de grupo supondría el reconocimiento de un derecho a la protección de datos para grupos o perfiles de individuos, que son en muchas ocasiones los que sufren las amenazas a los derechos (piénsese en el caso de los consumidores, por ejemplo, cuyos gustos son perfilados para personalizar las campañas de marketing).

Otro ámbito con incidencia en la protección de datos es el desarrollo de la neurotecnología. La Carta de Derechos digitales ha incluido la protección de los neuroderechos. Algunos autores (Suárez Xavier, 2022) entienden que habría que vincular los neuroderechos al derecho a la identidad digital (derecho que se desprende del libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE) que, por otro lado, también aparece reconocido en la carta¹⁴. Sin embargo, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a

¹³ HOFFMANN-RIEM, W. *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Civitas, Madrid, 2019, pp. 75 y 119.

¹⁴ Carta de Derechos digitales: Derechos de libertad. Derecho a la identidad en el entorno digital.

1. El derecho a la propia identidad es exigible en el entorno digital. Esta identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional.

la identidad está reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, Sentencia de 28 de enero de 2003, *Peck c/ Reino Unido*). En su Sentencia 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (*Mennesson c/ Francia*) y 65941/11 (*Labassee c/Francia*), el Tribunal recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada (Piñar Mañas, 2020).

Sin duda, las neurotecnologías tendrán impacto en la protección de datos, asumiendo que hoy en día ya se puede registrar la actividad neuronal y actuar sobre regiones del cerebro. Por ello se deberían analizar, en consecuencia, las implicaciones éticas y legales derivadas del uso de los datos neuronales para evitar finalidades distintas a las consentidas en el inicio de un tratamiento. En definitiva, debería regularse su uso.

2. Debe garantizarse, con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la gestión de la propia identidad, sus atributos y acreditaciones.

Consecuentemente, la identidad no podrá ser controlada, manipulada o suplantada por terceros contra la voluntad de la persona.

3. Se establecerán las garantías necesarias que permitan la verificación segura de la identidad en el entorno digital con la finalidad de evitar manipulaciones, suplantaciones, o control de la misma por parte de terceros.

4. Conforme a la normativa aplicable, el Estado deberá garantizar la posibilidad de acreditar la identidad legal en el entorno digital a los efectos oportunos. En aquellos supuestos en los que legalmente se exija un alto nivel de garantía en la identificación de los sujetos concernidos, el Estado asegurará la provisión y utilización de los medios digitales que serán de aplicación para la acreditación de la identidad.

En este sentido, y según se conoció hace unos meses, investigadores del Imperial College de Londres han revisado en *APL Bioengineering* los dispositivos modernos de interfaz comerciales cerebro-computadora para analizar las principales limitaciones tecnológicas y desafíos éticos y legales. Según estos científicos, dicha tecnología presenta ventajas para pacientes con daños cerebrales o podría incluso favorecer el aprendizaje, pero Rylie Green, coautora del estudio, apunta que «las neurotecnologías tienen el potencial del moldear la propia experiencia». Haciendo referencia con ello no solamente a potenciales efectos secundarios mentales y fisiológicos, sino también al potencial de explotación de datos neuronales por las empresas y administraciones. «Los datos podrían usarse para inferir estados emocionales y cognitivos, lo que proporcionaría una visión incomparable de las intenciones, preferencias y emociones del usuario», se advierte en la investigación».

¿Qué pasaría, por ejemplo, si la tecnología permitiera solo a quienes pueden pagarla obtener mejores resultados académicos? Como puede adivinarse hay un panorama sombrío en el caso de que todo ello no se regule para que estas tecnologías no erosionen más derechos porque, aunque parece claro que por el camino se pueden abrir innumerables ventajas en educación, medicina y neurología, también se abren riesgos que debieran controlarse.

Por todos estos motivos, creemos que sería bueno reconocer explícitamente el derecho a la protección de datos en nuestra Constitución. En línea con lo expuesto anteriormente, cada vez más autores (Rallo Artemi o Barrio Andrés) recuerdan que «resulta ineludible la necesidad de

reconocer nuevos derechos digitales tanto en el ámbito constitucional como legal»¹⁵.

El siguiente apartado se centrará, pues, en defender la pertinencia de una reforma constitucional para reconocer el **derecho de los ciudadanos a la posesión y control de sus datos personales** a través de la **incorporación de una nueva disposición adicional** en la CE, tal y como se detalla más adelante. Por lo que se refiere a la cuestión formal, se propone una reforma NO agravada de la CE.

4. EL ENTORNO EN QUE SE DESARROLLAN LOS AVANCES TECNOLÓGICOS

El hecho de que los cambios tecnológicos se produzcan desde hace años en el llamado entorno digital y de que el derecho a la protección de datos deba tener en cuenta todo ello para dotar de un marco regulatorio a la Carta de Derechos Digitales, no debe generar la creencia de que una reforma de la CE como la que se propone se justifique únicamente por la evolución desde un entorno analógico a otro digital.

Partiendo de la base de que es la evolución de la tecnología la que va configurando un entorno tecnológico, podrá convenirse en que estos cambios tienen unas consecuencias en la vida personal, laboral, social, económica y cultural, que deben analizarse y tenerse en cuenta en cual-

¹⁵ BARRIO ANDRÉS, M. «Génesis y desarrollo de los derechos digitales», *Revista de las Cortes Generales*. ISSN: 0213-0130, núm. 110, Primer semestre, 2021, pp. 197-233. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1572>

quier sociedad democrática en la que imperen los derechos fundamentales.

Parece obvio que en los próximos años vamos a seguir asistiendo a una progresiva digitalización en todos los ámbitos de la sociedad y, por ejemplo, las empresas se crearán plenamente digitales. Pero ¿cuál sería la siguiente etapa? Probablemente, estará marcada por la IA, la robótica, la neurotecnología, entre otras tecnologías, en un entorno cambiante día a día.

Brevemente y en lo que respecta a la IA, tendría que crearse una dinámica social y política para que todas las propuestas destinadas a su correcto uso, como mínimo las que emanen de la UE, tengan unos principios básicos: los sistemas deben respetar los derechos fundamentales, no deben restringir las libertades, deben someterse al principio de transparencia algorítmica y deben ser desarrollados con la máxima eficiencia técnica para obtener un resultado de calidad, seguro y respetuoso con los derechos humanos. Pero, tal y como se preguntaba recientemente Velasco Lucía, experta especializada en tecnología e innovación social, «¿Seremos capaces de limitar el uso de la IA con el fin de proteger los derechos de las personas? ¿Seremos capaces de conseguir que la digitalización —que parece inevitable— consiga una transformación que mejore la vida de las personas?». Algunos (Ausín, 2023) reclaman una ética pública del cuidado digital pero, por el momento, tenemos más preguntas que respuestas.

Por ejemplo, diversos sectores de actividad económica e institucional¹⁶ están mostrando un creciente entusiasmo

¹⁶ <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20230331/8868073/italia-prohibe-chatgpt-respetar-legislacion-datos.html>

con un programa de IA desarrollado por una empresa que es capaz de generar contenidos similares a los que podría crear una persona. El potencial de un sistema como Chat GPT integrado en un buscador de internet está demostrando la capacidad de realizar trabajos de mucha complejidad, y ha desencadenado muchas alarmas en el ámbito científico, llegándose a plantear recientemente una propuesta aparentemente ingenua¹⁷: paralizar la investigación durante seis meses. Esto ha permitido que, al menos, la opinión pública preste atención a las implicaciones de la revolución digital que vivimos.

En esta línea, hay autores que ven el artículo 18.4 de la CE una llamada al principio de precaución¹⁸.

No puede obviarse que la generalización del uso de esta tecnología ligada a IA generará, de entrada, un problema para el empleo, puesto que se sustituyen, por primera vez en la historia, una gran cantidad de trabajadores del conocimiento¹⁹. Sin olvidar tampoco que con estas tecnologías podrá ser más fácil la vulneración de los derechos de los trabajadores mediante la instalación de herramientas de vigilancia cada vez más sofisticadas en los puestos de trabajo o el uso masivo de IA en la gestión de las personas (selección, evaluación del desempeño, gestión de la carrera profesional), con el deterioro consecuente de las condiciones

¹⁷ <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>

¹⁸ PRESNO LINERA. *Derechos fundamentales e Inteligencia artificial*, Ed. Marcial Pons, 2022.

¹⁹ ALONSO, A., y FERNÁNDEZ DEL RIESGO, M. «Globalización, ciudadanía, interculturalidad, ciberespacio», *Argumentos de razón técnica: Revista Española de Ciencia, Tecnología y Sociedad y Filosofía de la tecnología*.

laborales. También se podrían añadir aspectos perjudiciales para los consumidores y otros sectores sociales.

En este sentido ahí están las reflexiones, en parte superadas por la velocidad de los cambios tecnológicos, reflejadas en el libro «La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo» editado por Cinca y por la Fundación Francisco Largo Caballero en el año 2006, dirigido y coordinado por Farriols Solá Antoni.

Un ámbito en el que los retos para la protección de datos están pendientes de resolver es, también, el de la progresiva y generalizada utilización de aplicaciones móviles por parte de la ciudadanía. Los programadores de aplicaciones utilizan servicios de terceros, como las librerías de programación, con consecuencias desconocidas y preocupantes para la protección de datos de los usuarios (Guamán *et al.*, 2023).

En lo que se refiere al grado de eficacia y rapidez de las instituciones para la generación de debate social y orientar una regulación, conviene referirse a Innerarity Daniel cuando afirma en un reciente artículo publicado en El País: «La Unión Europea es el ámbito político en el que todo esto se está regulando con mayor eficacia y rapidez. Pues bien, la propuesta Artificial Intelligence Act de la Comisión Europea lleva casi dos años sobre la mesa y desde entonces se discuten los detalles...». En ese sentido y, con independencia de la complejidad de estos asuntos, es evidente que esa lentitud es injustificada y pone en riesgo claramente una regulación efectiva de las consecuencias de estos avances; teniendo en cuenta además que para garantizar la prosperidad social y económica se requeriría la construcción de puentes regulatorios entre el mercado digital europeo y el del resto del mundo; pero aunque esa

lentitud de respuesta parece institucionalizada y se debe solucionar, ahora solamente queda apuntado el problema porque, en su caso, ello debería ser motivo de otro trabajo.

Prueba de esta lentitud, y en el transcurso de los debates de esta regulación europea, el Consejo Europeo ha introducido una nueva categoría denominada sistemas de IA de propósito general²⁰, que realiza funciones genéricas como reconocimiento de imágenes y de voz, generación de audio y vídeo, detección de patrones, y ofrecen respuestas a preguntas, como es el caso de ChatGPT o BART. Ambos sistemas, que no son los únicos, provienen de dos de las empresas que se disputan en este momento el liderazgo en la carrera de la IA. Será necesario determinar los usos de la IA que tendrán los requisitos de «alto riesgo» según el nuevo Reglamento de IA. Ello obligaría a especiales obligaciones de transparencia y a someter la tecnología, antes de ponerla en el mercado, a rigurosos sistemas de certificación y auditabilidad.

Todo esto está dejando claro que es necesaria una regulación de ámbito internacional a nivel de Naciones Uni-

²⁰ Aunque no existe una definición de inteligencia artificial consensuada a nivel mundial, los científicos comparten en gran medida la opinión de que, técnicamente hablando, existen dos grandes categorías de tecnologías de IA: la «inteligencia artificial estrecha» (ANI) y la «inteligencia artificial general» (AGI). Las tecnologías ANI, como los sistemas de reconocimiento de imágenes y voz, también llamadas IA débil, se entrenan con conjuntos de datos bien etiquetados para realizar tareas específicas y operar en un entorno predefinido. Por el contrario, las tecnologías AGI, también denominadas IA fuerte, son máquinas diseñadas para realizar una amplia gama de tareas inteligentes, pensar de forma abstracta y adaptarse a nuevas situaciones. Parlamento Europeo (2023), *General-purpose artificial intelligence*.

das, tal y como se ha propuesto más arriba al hablar de *puentes regulatorios*, en el ámbito de UNESCO, que delimite las líneas rojas en el uso de las TIC; ya que por muchos esfuerzos que se hagan en Europa, el flujo transfronterizo de datos personales que necesita la IA para funcionar, revela insuficientes las regulaciones nacionales y regionales. Para esta propuesta de regulación internacional debería pensarse en un organismo ágil (un tipo de Supervisor Internacional de las TIC).

En cualquier caso, no parece que la CE sea la pieza jurídica apropiada para tratar el detalle de las respuestas democráticas apropiadas a la implementación de avances tecnológicos como los comentados.

Independientemente, tal y como también sostiene el Profesor Piñar, la CE podría devenir obsoleta en unos años, si una modificación constitucional girara solamente alrededor del entorno actual en el que se producen los cambios y no sobre el derecho subjetivo. La privacidad deberá generalizarse y priorizarse como un sello de calidad democrática de una sociedad en cada uno de sus sectores de actividad.

En este sentido, bueno es reconocer que el artículo 18.4 de la CE, con sus limitaciones, ha servido para profundizar en el derecho a la protección de datos y también para propiciar abundante jurisprudencia desde el TC.

En consecuencia, lo que se pretende ahora es actualizar el texto de la CE profundizando en los derechos más allá del entorno en el que se produzcan los cambios tecnológicos.

Con ello los legisladores tendrán que modular en cada etapa tecnológica el marco regulatorio al contexto, para que el derecho a la protección de datos sea el eje alrededor

del cual gire todo este entramado. Sin olvidar que dicho derecho debería situar a la persona y su dignidad en el centro de la preocupación, para evitar la tendencia a traducirlo en una sucesión de trámites burocráticos.

Sirva lo anteriormente escrito como la justificación que acompaña a la siguiente propuesta.

V. Propuesta de incorporación de la siguiente disposición adicional quinta de la CE

«La Constitución reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal. Sus desarrollos legislativos garantizarán el ejercicio de este derecho por parte de la ciudadanía con independencia del entorno en el que se manifiesten los cambios tecnológicos».

Bibliografía

- ALONSO, A., y FERNÁNDEZ DEL RIESGO, M. «Globalización, ciudadanía, interculturalidad, ciberespacio», *Argumentos de razón técnica: Revista Española de Ciencia, Tecnología y Sociedad y Filosofía de la tecnología*.
- AUSÍN DÍEZ, Txetxu. «Ética del cuidado y tecnologías digitales», *Revista de Occidente*, ISSN 0034-8635, núm. 502, 2023 (ejemplar dedicado a: Inteligencia artificial), pp. 21-33.
- BARRIO ANDRÉS, M. «Génesis y desarrollo de los derechos digitales», *Revista de las Cortes Generales*. ISSN: 0213-0130, núm. 110, Primer semestre, 2021, pp. 197-233. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1572>
- BARUH, L., y POPESCU, M. «Big data analytics and the limits of privacy self-management», *New media & society*, 2017.

- FARRIOLS SOLÁ, Antoni. «La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo», *Colección Estudios Laborales*. Farriols Solá, A. (coord., dir.), Cinca, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ ALLER, C. «La Carta de Derechos digitales de España. Desafíos pendientes», *Revista de Privacidad y Derecho digital*, 2022.
- FERNÁNDEZ ALLER, M.^a Celia, y SERRANO PÉREZ, M.^a M. «¿Es posible una inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos?», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 45, pp. 307-336, 2022.
- GUAMÁN, Danny S.; RODRÍGUEZ, David José; ÁLAMO, M. del, y SUCH, José. «Automated GDPR compliance assessment for cross-border personal data transfers in android applications», *Computers & Security*, ISSN 0167-4048, vol. 130, 2023, pp. 103-262. <https://doi.org/10.1016/j.cose.2023.103262>
- GOIG MARTÍNEZ; NÚÑEZ MARTÍNEZ y NÚÑEZ RIVERO. *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Universitas, 2006.
- PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz. «Los derechos digitales en la Unión Europea: del liberalismo económico a la protección jurídica», *Revista General de Derecho Europeo*, ISSN-e 1696-9634, núm. 57, 2022.
- PIÑAR MAÑAS, José Luís. «Derecho e innovación. Privacidad y otros derechos en la sociedad digital», *El derecho a la protección de datos en la sociedad digital*. Casas, E., (coord.). Ed. Ramón Areces, 2020.
- RALLO LOMBARTE, A., «El nuevo derecho de protección de datos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2019, p. 48.
- REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M.^a M., *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, S. L., Madrid, pp. 137-139, 2019.

LOS NUEVOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES. UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL. En el siglo XXI el desequilibrio entre la proclamación del Estado social como aspiración democrática esencial y el vacío o la ausencia de suficientes garantías jurídicas para llenarlo de contenido e impedir retrocesos es insostenible. Y esto es de aplicación a las normas de máximo rango, las normas constitucionales. Por ellas hay que empezar. De ahí la propuesta que se hace en este trabajo de una reforma de la Constitución española que haga de cinco derechos sociales concretos auténticos derechos fundamentales. Estos son:

1. El derecho a la salud.
2. El derecho a una pensión adecuada.
3. El derecho al medio ambiente.
4. El derecho al acceso a la vivienda.
5. El derecho a la protección de datos personales.

Diego López Garrido es economista, catedrático de Derecho Constitucional y letrado de las Cortes Generales. Elegido diputado durante seis legislaturas, fue miembro de la Convención para la redacción de la Constitución Europea, en representación del Parlamento español (2002-2003). En la actualidad es vicepresidente ejecutivo de la Fundación Alternativas.

