

INCONSISTENCIAS Y ASIMETRÍAS EN LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (O DE PORQUÉ REVITALIZAR EL DISCURSO DE LOS DERECHOS SOCIALES)

CARMEN MONTESINOS PADILLA*
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. La deficiente internacionalización de la Constitución. 2. La estabilidad presupuestaria como fundamento de un control de convencionalidad encubierto. 2.1 Una selección forzosamente interesada de los parámetros de constitucionalidad. 2.2 La transgresión de los límites del Estado social. 3. La disfuncional constitucionalización del Derecho internacional. 3.1 El recurso oportunista a la retórica de la estructura diferenciada de los derechos sociales. 3.2 Un ejemplo paradigmático. 3.2.1 El contenido mínimo del derecho a la vivienda. 3.2.2 Propuestas para avanzar. De la reforma constitucional a la planificación urbanística. 4. Referencias bibliográficas.

¹ Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 17/02/2019.

1. LA DEFICIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución española de 1978 (CE) reviste un carácter abiertamente internacionalista. Y en materia de Derecho internacional convencional, el Capítulo Tercero de su Título III (arts. 93-96) muestra una sistematicidad legítimamente aclamada por buena parte de la doctrina (Montesinos Padilla, 2018, 1381-1391). Ahora bien, la internacionalización del sistema constitucional español presenta, a nuestro entender, ciertas carencias. El carácter sistemático de la regulación constitucional de los tratados se contrapone a una no siempre acertada dispersión en la ordenación de otros muchos aspectos vinculados a las relaciones internacionales¹. Además, la CE ha sido oportunamente tachada de conservadora por no incorporar una cláusula de recepción de las normas del Derecho internacional general o común, como lo hiciera su predecesora republicana de 1931 (art. 7), o como lo hacen otros Estados de nuestro entorno². Pero, por lo que aquí más interesa, resulta especialmente criticable el «enclaustramiento» que viene demostrando el Tribunal Constitucional (TC) respecto de dos cuestiones de vital importancia. Nos referimos, por un lado, a la obstinación mostrada frente a la inclusión de (determinados) parámetros internacionales como parámetro de constitucionalidad y, por otro, a la insuficiente explotación del potencial de la cláusula hermenéutica del art. 10.2 CE en conexión con determinados instrumentos del Derecho internacional (Jimena Quesada, 2018, 825-828). Y estas dos cuestiones son relevantes por una razón muy sencilla. En los últimos años, la postura adoptada por el TC en estas materias ha coadyuvado al sometimiento de las funciones públicas a un mero cálculo económico y, con ello, al progresivo desmantelamiento de nuestro Estado del bienestar.

2. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO FUNDAMENTO DE UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ENCUBIERTO

En el ámbito europeo, el reconocimiento al Derecho internacional de una posición supraconstitucional, es verdaderamente excepcional. Y a diferencia de lo que ocurre en América Latina, la práctica del control de convencionalidad sigue suscitando ciertas reticencias. En España, el TC ha sido categórico

¹ Entre otros, arts. 10.2; 11.3, 13.1, 13.3 y 39.4; 56.1 y 63; 75.3 y 87.3 y 97 CE.

² Así, por ejemplo, el art. 28.1 de la Constitución de Grecia atribuye superioridad jerárquica tanto a los tratados internacionales convencionales, como a las reglas del Derecho internacional generalmente aceptadas.

en sus afirmaciones. Aunque no ha faltado quien defendiera la existencia de fundamento constitucional para su ejercicio (Jimena Quesada, 2013, 38-44), hasta su muy reciente Sentencia 140/2018, el Alto Tribunal español ha negado la posibilidad de encontrar en el articulado de nuestra Magna Carta precepto alguno que pudiera avalar la operatividad del referido control. La situación ha cambiado, desde luego, a partir de su polémica resolución sobre la no menos controvertida cuestión de la jurisdicción universal. Pero el reconocimiento en el art. 96 CE de un fundamento para la activación del control de convencionalidad no ha modificado un ápice la postura del TC sobre la consideración de dicha técnica como una cuestión de legalidad ordinaria. Por su parte, y con un discurso necesariamente distinto debido a la naturaleza misma de su objeto, el supremo intérprete de la CE se ha cuidado mucho de separar la primacía del Derecho de la Unión Europea (UE) de la supremacía de nuestra Norma Fundamental, adscribiendo cada categoría a un plano bien distinto (el de la prioridad aplicativa en el primer caso y el de la jerarquía normativa, en el segundo).

En definitiva, la defensa acérrima de la soberanía de la que es producto indiscutible nuestra Constitución, ha sido abandonada por el TC y por nuestros políticos frente a actos normativos de carácter internacional y/o supranacional que pudieran contrariarla. Desde luego, razones (jurídicas y políticas) no les faltan ni al primero, ni a los segundos. Ahora bien, resulta cuando menos interesante que, no recogiendo la Constitución de 1978 cláusula de intangibilidad alguna, de las dos únicas reformas de las que la misma ha sido objeto, la segunda se hiciera cómo, y por lo que se hizo. Y es que, sin ser objeto de los debates necesarios para alcanzar un nivel de consenso suficiente, la reforma del art. 135 CE vino a reflejar el refuerzo de la intervención europea en la política económica doméstica en respuesta al estallido de la grave crisis global de 2008.

A través del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), se reclamó a los Estados miembros de la UE la incorporación en sus respectivos ordenamientos jurídicos (preferentemente, pero no necesariamente, mediante disposiciones de rango constitucional), de un compromiso de mantener una situación presupuestaria de equilibrio o superávit (art. 3 TECG). Y así lo hizo España en 2011 al reformar el mencionado art. 135 CE que, desde entonces, consagra el principio de estabilidad como límite a la actuación de los poderes públicos. Pero dejando a un lado las críticas (aquí compartidas) de quienes objetaron el procedimiento elegido (VV. AA., 2011, 159-210), a los efectos de este trabajo debemos centrarnos en las que conciernen directamente al medio elegido para cumplir con el mandato europeo (la reforma constitucional) y sus consecuentes efectos en nuestro ordenamiento (el recurso a la estabilidad presupuestaria como canon de constitucionalidad).

2.1 Una selección forzosamente interesada de los parámetros de constitucionalidad

La UE puede ser considerada hoy como una de las tentativas más avanzadas por intentar dar respuesta a la crisis del modelo de Estado post-westfaliano. Despojado del poder requerido por la política, que es ahora asumido por los mercados, el Estado moderno ha buscado en la integración supranacional una vía para tratar de solventar los problemas globales que se ve incapaz de resolver a nivel local. Ahora bien, los resultados no han sido siempre satisfactorios. Hace tiempo que la UE contribuye a esa pérdida de poder en el nivel nacional, sin que la misma resulte compensada por un refuerzo de la política en la esfera supranacional. Las decisiones más importantes en los ámbitos económico, financiero y de desarrollo, son adoptadas por las élites más poderosas, las grandes transnacionales y los omnipresentes mercados. Un poder incorpóreo, líquido, que para realizar sus propósitos, recurre a principios de corte ordoliberal, inyectados por Europa en el epicentro mismo del modelo económico nacional³. La economía social de mercado, entendida como una economía liberal orientada o dirigida, en la que el Estado es «funcional a las condiciones y necesidades» del mercado (Moreno González, 2019, 802), se ha convertido en la piedra de toque de un sistema de gobernanza en el que las instituciones estatales actúan como meras ejecutoras de un poder superior que ya no pueden controlar (Bauman, Bordoni, 2016, 37-41). Y la ruptura del contrato social resultante de la globalización ha dado así paso a una «era de la desigualdad», a cuya construcción en España ha contribuido de manera determinante la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria⁴.

La existencia previa en el Derecho europeo de disposiciones sobre la materia (art. 126 Tratado de Funcionamiento UE), la capacidad del Estado para aprobar leyes específicas (art. 149.1.13 CE) y la exigencia constitucional de la equidad en los ingresos y los gastos públicos (art. 31 CE), nos permiten cuestionar la necesidad de proceder en España a una reforma constitucional para cumplir con el compromiso de déficit exigido desde Europa. Parece, en definitiva, que hubiera sido suficiente con recurrir a los mecanismos ya existentes para asumir el mandato europeo, evitando así una apertura de un nuevo escenario en nuestra jurisprudencia constitucional (Carrillo, 2016, 29-32) que,

³ Vid. art. 3 Tratado de la Unión Europea.

⁴ En estos términos se pronunció recientemente el conocido periodista español J. DE ESTEFANÍA, en una columna de opinión publicada en el diario *El País* en septiembre de 2018: https://elpais.com/economia/2018/09/14/actualidad/1536939958_497803.html.

como veremos, ha surtido efectos devastadores⁵. No debemos olvidar que la neutralidad de nuestra «Constitución económica» no da carta blanca para la consolidación de cualquier modelo. La formulación de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), el reconocimiento de la igualdad material como objetivo (art. 9.2 CE) y la consagración de los derechos sociales (Título I, Capítulos II y III CE), acotan el margen de libertad. Sin embargo, como alertó Salazar Benítez (2012, 423-424) y a pesar de su potencial para el mantenimiento del Estado de bienestar, parece que el art. 135 CE ha sido utilizado precisamente como «pretexto» para su progresiva constricción.

2.2 La transgresión de los límites del Estado social

En el contexto de la crisis, los sucesivos Gobiernos españoles emprendieron una serie de reformas, la mayoría a través de decreto-ley (art. 86 CE), que fueron avaladas por el TC, limitándose el mismo, en sus diversos pronunciamientos, a un escrutinio estrictamente formal del objeto de enjuiciamiento. Así, por ejemplo, la STC 119/2014, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, para la reforma del mercado laboral, se limitó, sin valorar la potencial eficacia de las medidas adoptadas, a respaldar los argumentos esgrimidos por el Ejecutivo, constatando con ello la necesidad de garantizar la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos. Concretamente, en relación con la nueva modalidad de contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, que establecía un periodo de prueba de, nada más ni menos, que un año de duración, el TC concluyó que, en la coyuntura de la crisis económica, la previsión cuestionada resultaba razonable y cumplía con las exigencias de proporcionalidad. Confirmó así que dicha medida no podía reputarse contraria al derecho al trabajo *ex* art. 35 CE pues la misma, «en términos proporcionados», pretendía «favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable». Sin embargo, en ningún momento constató la existencia de valoración empírica alguna sobre el verdadero potencial de la medida para la consecución de los objetivos teóricamente perseguidos, como tampoco lo hizo en relación con la polémica reforma del sistema público sanitario de 2012.

La STC 139/2016, que declaró la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, sobre la reforma del Sistema Nacional de

⁵ Recuérdese que, hasta la reforma, el TC siempre había declarado que no era juez de la legislación europea. Por todas, SSTC 28/1991 y 64/1991.

Salud (SNS), concluyó que el Ejecutivo español había cumplido con la obligación de razonar suficientemente la extraordinaria y urgente necesidad al ofrecer «una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica»⁶. De nuevo, y como apuntara Valdés Dal-Ré en su Voto Particular, sin reflexión alguna sobre la ausencia, en la argumentación del Gobierno, de explicación fundamentada sobre el impacto real de las reformas en la buscada solvencia del sistema sanitario. Además, el TC descartó que el derecho a la salud del art. 43 CE, en tanto que principio rector de la política social y económica (PR), pudiera entenderse comprendido entre los límites materiales impuestos *ex art.* 86 CE al legislador de urgencia. Esto es, la no afectación de los derechos del Título I CE. Exclusión que, siguiendo una vez más a Valdés Dal-Ré, supuso una alteración de la doctrina constitucional que, a pesar de sus efectos restrictivos, no se acompañó del necesario desarrollo argumentativo. Y todo ello sin olvidar que en su resolución, el TC avaló la inexistencia de obstáculos constitucionales para que el Decreto-ley controvertido pudiera regular materias para las que las Comunidades Autónomas (CC. AA) tuvieran competencias atribuidas.

Precisamente sobre las competencias en materia de derechos sociales resulta de especial interés, entre otras, la reforma andaluza en materia de vivienda⁷. El 9 de abril de 2013, el Gobierno de Andalucía aprobó el Decreto-ley 6/2013, que preveía la expropiación temporal de las viviendas vacías para dedicarlas a su función social. Sin embargo, en su Sentencia 93/2015, el TC declaró su inconstitucionalidad por incompatibilidad con la regulación estatal. Se argumentó entonces que el Estado había optado por dar una solución completa a los supuestos de especial vulnerabilidad en las ejecuciones hipotecarias, definiendo la extensión de la intervención públi-

⁶ Desde la entrada en vigor del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos se garantizó exclusivamente a trabajadores afiliados a la Seguridad Social, a pensionistas y preceptores de otras prestaciones periódicas y a los inscritos como demandantes de empleo que hubieran agotado la correspondiente prestación. Quedaron así excluidos los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, limitando sus derechos a la atención en situaciones de urgencia y relativas a la asistencia al embarazo. La reforma sanitaria operada por el Decreto-ley analizado ha sido parcialmente revertida por el reciente Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

⁷ En España, el franquismo inauguró una etapa caracterizada por la planificación centralizada de la vivienda. Y aunque el nuevo Estado de las Autonomías instaurado por la CE de 1978 trajo consigo la descentralización de las competencias en materia de vivienda, asumidas como propias y exclusivas por las CC. AA, el Estado nunca ha dejado de promulgar sucesivos planes temporales a la luz de la amplia interpretación que la STC 152/1988 dio a sus competencias sobre ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE) y planificación económica (149.1.13)

ca compatible con el adecuado funcionamiento del mercado. Ello impedía que las CC. AA pudieran adoptar disposiciones que, con el mismo propósito de tutela, afectasen de un modo más intenso a dicho mercado⁸. Pero la Sentencia que anuló el Decreto-ley andaluz tampoco fue unánime. Según Asúa Batarrita, la STC 93/2015 no argumentó porqué la medida andaluza podía poner en riesgo el correcto funcionamiento del mercado hipotecario, ni en qué grado la norma controvertida suponía una reducción de la protección dispensada por el Estado. La magistrada discrepante expresó así su preocupación frente a las posibles consecuencias de esta doctrina, advirtiendo que se había dado por bueno que el Estado, en virtud del título competencial del art. 149.1.13 CE, pudiera imponer de modo excluyente la solución de un problema social como expresión de las bases de la planificación económica, incluso en el ámbito de las materias que, como la vivienda, son competencia exclusiva de las CC. AA. En un sentido similar, para el magistrado Xiol Ríos la regulación andaluza suponía un legítimo ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, advirtiendo por ello que la STC 93/2015 se mostraba como un nuevo ejemplo de un peligroso viraje de la jurisprudencia constitucional hacia «un proceso de re-centralización» competencial⁹.

En cualquier caso, lo que aquí queremos destacar es que, al avalar las reformas anti-crisis como las mencionadas, sustentadas en la coyuntura económica y justificadas con fundamento en las obligaciones europeas en materia presupuestaria, el TC inauguró un novedoso principio exegético en virtud del cual la crisis ha operado como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos del ámbito social. O, en otros términos, la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria ha hecho de los límites al déficit y a la deuda pública un auténtico parámetro de control, a través del cual dichas restricciones se han convertido en «estabilizadores automáticos» de los derechos (De la Quadra-Salcedo, 2015, 77-84) sociales, eludiendo con ello los límites que la propia CE, a la luz del Derecho internacional, impone en la materia.

⁸ Esta doctrina fue aplicada en la reciente STC 16/2018, que declaró inconstitucional y nula la Disposición Adicional Décima de Ley Foral 24/2013 de Navarra, de 2 de julio, que prescribía la expropiación forzosa de las viviendas que, como resultado de un desahucio, hubieran sido adjudicadas a entidades financieras

⁹ Finalmente, el Decreto-ley 6/2013 fue derogado por la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya constitucionalidad fue igualmente impugnada ante el TC, como también lo fueron la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias; la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda de Euskadi y la mencionada Ley Foral 24/2013 de Navarra.

3. LA DISFUNCIONAL CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La legislación hasta aquí mencionada es solo una pequeña muestra de un conjunto de políticas que, resultando claramente «extrañas o adversas al Estado social» (Agudo Zamora, 2016, 15), han aprovechado la cláusula del art. 135 CE para desfigurar, hasta límites insostenibles, nuestro modelo de neutralidad económica (Pisarello, 2012: 55-75). En el contexto de la crisis, la supresión de los obstáculos a la libertad del mercado ha dado lugar a elevados recortes en el gasto social y al consecuente incremento de la desigualdad. Así lo pusieron de manifiesto las más de treinta organizaciones que elaboraron el informe ejecutivo para el examen periódico de España por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en marzo de 2018, en el que se advertía que, siendo determinante para ello la política fiscal, España es el país europeo en el que más ha aumentado la desigualdad en la última década. Y a pesar de las señales de recuperación de los últimos años, los recortes han continuado, siendo además los programas orientados a prestar servicios a personas en situación de vulnerabilidad los más afectados¹⁰. Pero, ¿era ésta la única solución posible?

La experiencia de países vecinos, como Portugal, nos muestra que los recortes en el gasto social no son la única vía para la reducción del déficit¹¹. Se trata, por tanto, de voluntad política. Una voluntad que, a diferencia de lo que en muchas ocasiones se nos quiere mostrar, no es imposible de llevar a la práctica. En materia de vivienda, por ejemplo, podemos de hecho mencionar el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre que, entre otras cuestiones, incluyó la vivienda social en las inversiones financieramente sostenibles. Sin duda, la nueva regulación del alquiler representó un avance significativo en el desarrollo de un derecho que resultó especialmente afectado durante la crisis. Pero las medidas adoptadas siguen siendo insuficientes pues, a día de hoy, el progresivo incremento del precio de los alquileres sitúa en una grave situación de vulnerabilidad, económica y social, a numerosas familias y hogares. Ahora bien, los límites al déficit y la deuda no son la única barrera a la que se enfrentan en nuestro país los derechos sociales en general, y el derecho a la vivienda, más específicamente. También lo es la propia categorización que de los mismos lleva a cabo la CE y, con ella, un recurso al art. 10.2 CE que ha resultado disfuncional, asimétrico o dispar, en tanto que claramente favorable al desarrollo de los derechos civiles y políticos.

¹⁰ Disponible en: https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/informe_sombra_espana_36ongs_-_2018_-_version_final.pdf.

¹¹ Como ha advertido Sen (1999), la expansión de las oportunidades sociales mediante la creación de servicios públicos contribuye activamente al desarrollo económico del Estado.

3.1 El recurso oportunista a la retórica de la estructura diferenciada de los derechos sociales

Como de sobra es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, de la distinción entre los derechos fundamentales (Capítulo Primero), los «simples» derechos (Capítulo Segundo) y los PR (Capítulo Tercero) que estipula el Título I CE, se ha deducido tradicionalmente la falta de eficacia directa de los derechos sociales. Sin embargo, a día de hoy, la dicotomía entre derechos de abstención y de prestación, de libertad y de igualdad, justiciables y no justiciables, resulta fácilmente rebatible. Todos los derechos se erigen como instrumentos para que la igual libertad de desarrollo de los planes de vida de todas las personas, sea real y efectiva (Pisarello, 2007, 42-46). Por tanto, los derechos deben identificarse como bienes de especial relevancia, cuyo reconocimiento y protección se articulan a través de un complejo entramado de relaciones jurídicas de distinta naturaleza que tienen, como fin último, el respeto de la dignidad humana (González Amuchastegui, 2004, 388).

Todos los derechos hunden sus raíces en la dignidad de la persona, tienen por ello un contenido esencial, e implican deberes públicos de abstención y de prestación (Saura Estepá, 2011). Por tanto, todos los derechos cuestan (Holmes, Sustain, 2000). Y todos los derechos, cuando son constitucionales, aparecen reconocidos en normas que, por su propia naturaleza, son de textura abierta. En pocas palabras, el recurso al argumento de la estructura diferenciada de los derechos sociales para negar su condición de derechos subjetivos, resulta insostenible¹². Y así nos lo parece porque la satisfacción de un mínimo de todos los derechos es igual de fundamental para el desarrollo de los propios planes de vida (Fabre, 2000, 12-13)¹³. Como señalara Waldron (1993), el compromiso de garantizar las libertades civiles y políticas de las personas debe ir acompañado de una preocupación adicional por asegurarles las condiciones de vida que les permitan disfrutar y ejercer esas libertades. Esta indivisibilidad e interdependencia de los derechos es, sin duda, reflejo de su igual importancia (Abramovich, Curtis, 2002, 27). Y si todos los derechos son igualmente importantes, «no hay jerarquía entre ellos» y, por tanto, «deben ser igualmente efectivos» (Escobar Roca, 2012, 53-54). En palabras de Faúndez Ledesma

¹² Para FERRAJOLI (2001,19-48) un derecho subjetivo es cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica», distinguiendo así entre derechos y garantías y excluyendo la posibilidad de afirmar la inexistencia de los primeros con fundamento en la ausencia de reconocimiento de las segundas.

¹³ Así, por ejemplo, SHUE (1996) defiende una concepción de derechos básicos a los que atribuye prioridad en términos de necesidad de realización, pero entre los que incluye tanto derechos civiles y políticos, como DESC.

(2000, 172-179), mantener una distinción entre unos derechos que son justiciables y otros que no lo son conduce al absurdo, pues sería tanto como sostener que «una misma situación no puede ser denunciada ante órganos jurisdiccionales en cuanto configure una vulneración de derechos sociales, pero sí se puede denunciar en cuanto sea caracterizada como violación de un derecho civil o político».

A la hora de negar la justiciabilidad de los DESC, no debemos olvidar que el carácter normativo de la CE imprime sobre todos los derechos en la misma consagrados un peso y significado propios. Consecuentemente, los PR no pueden ser reducidos en su alcance a meros preceptos programáticos, ni el control de constitucionalidad de la actividad del legislador puede ser ajeno a los mismos, al menos para «la demarcación de una frontera o línea divisoria» (Ruiz-Rico, 2017, 805-812). El propio Comité DESC ha advertido que no hay ningún derecho del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que, en la mayoría de los sistemas jurídicos, no posea, «al menos, algunas dimensiones significativas de justiciabilidad» (Observación General OG-9). De hecho, en España, el principio del Estado social (art. 1.1. CE), en conexidad con otras normas constitucionales, faculta para la protección de derechos sociales no reconocidos expresamente como derechos fundamentales. Además, todos los derechos, por mandato del art. 10.2 CE, deben ser interpretados a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos. Un ordenamiento, este último, que no solo consagra los principios de indivisibilidad e interconectividad de todos los derechos sino que, progresivamente¹⁴, ha ido dibujando los contornos que definen las fronteras infranqueables de los DESC¹⁵. Límites que, sin embargo, en España han sido reiteradamente sorteados al amparo del sacrosanto poder de los mercados y del manido discurso que nos presenta los derechos sociales como derechos diferenciados.

3.2 Un ejemplo paradigmático

Un ejemplo especialmente ilustrativo de lo dicho hasta ahora lo encontramos, desde luego, en el malogrado derecho a la vivienda del art. 47 CE que, a resultas de su ubicación sistemática y en su lectura conjunta con el art. 53 CE,

¹⁴ En este sentido podemos aludir de nuevo al VP de VALDÉS DAL-RE a la STC 139/2016, en el que el magistrado discrepante advirtió que, en su resolución sobre la reforma sanitaria, la Sentencia de la mayoría desconoció la conexión del derecho a la salud con el derecho a la vida.

¹⁵ El antecedente inmediato a la consagración de la tesis de la indivisibilidad tuvo lugar con la Proclamación de Teherán de 1968 (apdo. 13), a la que siguió la Declaración de Viena de 1993 (apdo. 5).

ha sido tradicionalmente despojado de su eficacia directa. La sustracción de garantías como la posibilidad de tutela por las vías del juicio sumario y preferente ante los tribunales ordinarios y del amparo ante el TC (art. 53.2 CE), ha desembocado en la negación al art. 47 CE del calificativo de fundamental. Pero no solo eso. Su condición de PR y el correspondiente deber de desarrollo legislativo (art. 53.3 CE) ha supuesto que incluso se le haya negado la condición de derecho subjetivo y, por tanto, de un contenido esencial. Posición desde luego llamativa en tanto que, con independencia de su ubicación, el art. 47 CE, elevado a la máxima categoría normativa en el ordenamiento constitucional español, reconoce que todos los españoles «tienen derecho a una vivienda digna y adecuada», correspondiendo a los poderes públicos tanto promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes «para hacerlo efectivo», como regular «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general» y garantizar que la comunidad participa «en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Pero el problema en España no es el encuadramiento del art. 47 en el Capítulo Tercero del Título I CE, como no lo es tampoco una consecuente imposibilidad de su justiciabilidad. No en vano, en pleno auge de la crisis, el Comité DESC instó al Gobierno español a que, «en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos», adoptara las medidas pertinentes para garantizar a los DESC «un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos» por los tribunales nacionales¹⁶. La verdadera «tensión estructural» entre los distintos tipos de derechos es más bien la que se plantea entre unos derechos civiles, políticos y sociales «tendencialmente generalizables e inclusivos», y unos derechos patrimoniales «selectivos y tendencialmente excluyentes» (Pisarello, 2007, 53). El problema, en pocas palabras, lo encontramos en una arraigada concepción mercantilista de la vivienda (Trujillo, 2018, 876) que ha relegado a un segundo plano su dimensión social y, con ello, justificado su reiterado incumplimiento.

Las políticas de vivienda en nuestro país han estado tradicionalmente marcadas por las leyes fiscales, del mercado hipotecario y de arrendamientos urbanos, primando la obra nueva sobre la rehabilitación, la propiedad sobre el alquiler y la promoción privada, sobre la pública. (Vaquer Caballería, 2016, 15-16). Y esta tendencia ha obviado nuestros compromisos internacionales,

¹⁶ E/C.12/ESP/CO/5, apdo. 6. Además, desde el propio seno del Tribunal de Justicia de la UE, se ha defendido la invocación directa de los principios orientadores de la política social contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE), de su esencia, como límite a la capacidad legislativa de desarrollo, como parámetro irrenunciable de legalidad. Vid. Conclusiones presentadas por el Abogado General CRUZ VILLALÓN en el asunto *Assotiation de médiation sociale* (C-176/12), de 18 de julio de 2013.

limitándose el Estado español a una incorporación aséptica (Jiménez García, 2014, 81) de la normativa y la doctrina convencional en la materia. Siendo evidente que el art. 47 CE no impone un deber de proporcionar una vivienda en propiedad a todos los ciudadanos, ello no quiere decir, ni mucho menos, que no exista un mínimo que todos los poderes públicos deban respetar. El precepto en cuestión impone tanto deberes de prestación, como de abstención. Algunos serán más costosos, otros los serán menos y, en ocasiones, incluso el cumplimiento de la correspondiente obligación puede no aparejar gasto alguno para el conjunto de las Administraciones. En todo caso, lo que no puede defenderse es la inexistencia de un contenido indisponible para el legislador. Y este contenido, por mandato del art. 10.2 CE, es fácilmente identificable a la luz de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos. Así lo ha reconocido el propio TC al declarar que tanto los convenios internacionales, como la jurisprudencia de los órganos que los interpretan y los dictámenes elaborados por los comités competentes del sistema de Naciones Unidas (STC 198/2012), conforman «el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000).

3.2.1 EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Según el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona «tiene derecho a un nivel de vida adecuado» que le asegure «la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». Derecho al que también se refiere el art. 11 PIDESC, del que se deriva la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas que fueran necesarias para asegurar su efectividad. Así, el derecho a la vivienda, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, es definido por el Comité DESC «como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte» (OG 3). Y para dar efectivo cumplimiento a dicho derecho deben concurrir una serie de estándares relativos a la seguridad legal de la ocupación; la proximidad de los servicios, materiales, equipamientos e infraestructuras necesarios; un coste asequible; la habitabilidad; y un acceso fácil para los grupos desfavorecidos (OG 4 y 7). De este modo, el derecho a la vivienda abarca, entre otras cuestiones, el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada, la seguridad en la tenencia y la protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar. Y las medidas adoptadas para tales fines deben implicar, en todo caso, el máximo de los recursos dispo-

nibles (art. 2.1 PIDESC), debiendo las de carácter regresivo ser suficientemente justificadas¹⁷.

Concretamente, en lo que a los desalojos respecta, éstos solo estarán justificados en circunstancias excepcionales, siempre que se haya demostrado la capacidad de pago del arrendatario e imponiéndose a los Estados, en todo caso, la obligación de garantizar la existencia de recursos jurídicos y de un realojo adecuados. El Comité DESC otorga así una especial protección frente a esta práctica como respuesta a la evidente conexión entre el derecho a la vivienda y otros derechos (OG 7). Vínculo expresamente reconocido por el propio Tribunal de Estrasburgo que, aún no disponiendo de mención expresa del derecho a la vivienda en el Convenio de Roma, lo ha protegido de la práctica de los desahucios a través tanto del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, como del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸. Aún así, la observancia en los últimos años por el Ejecutivo español del acervo internacional en materia de derecho a la vivienda ha sido más que dudosa. La respuesta del Gobierno frente a las indicaciones del Comité DESC, sigue siendo claramente insuficiente¹⁹. Y aunque las reformas procesales instadas por el Tribunal de Justicia de la UE han supuesto un avance significativo, las mismas no han logrado paliar una situación de verdadera emergencia social²⁰.

¹⁷ En caso de que un Estado aduzca «limitaciones de recursos» para explicar cualquier medida regresiva, en su evaluación el Comité DESC tendrá en cuenta: el nivel de desarrollo y situación económica del país; la gravedad de la presunta infracción; la existencia de otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos de que dispone; si el Estado trató de encontrar opciones de bajo costo; y si recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional. Para determinar si un Estado ha adoptado medidas razonables hasta el máximo de los recursos de que disponga, se atribuye suma importancia a que el mismo cuente con procesos de adopción de decisiones transparentes y participativos (UN. ECOSOC, Doc. E/C.12/2007/1).

¹⁸ Entre otras, Sentencias en los asuntos *Yordanova c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012.; *Winterstein c. Francia*, de 17 de octubre de 2013, y *Tchokontio Happi c. Francia*, de 9 de abril de 2015. De hecho, la jurisdicción de Estrasburgo ha desarrollado una importante labor de protección de los derechos sociales a través de la interpretación del Convenio de Roma de conformidad con los tratados internacionales aplicables en la materia, muy especialmente la Carta Social Europea (CSE) que, en su versión revisada, prevé expresamente el derecho a la vivienda (art. 31). Y a la CSE se ha referido el propio Tribunal de Justicia de la UE, entre otras, en la Sentencia en el asunto *Laval & Partneri Ltd (C-341/05)*, apdo. 91.

¹⁹ El primer caso resuelto en aplicación del Protocolo Facultativo al PIDESC respondió a una denuncia contra España con origen en un desahucio por impago. La denuncia dio lugar a la Resolución E/C.12/55/D/2/2014. Desde entonces, este Comité ha intervenido en casi una veintena de casos relacionados con ejecuciones forzosas. Más información en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx>.

²⁰ Aunque el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE incluye el derecho a «una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes», la UE no tiene competencias en la materia. Ahora bien, ello no ha impedido que, precisamente en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y dirigiéndose al Estado español, el Tribunal de Luxemburgo haya velado por su efectivo cumplimiento, entre otras, en las Sentencias en los asuntos *Mohamed Aziz y CatalunyaCaixa (C-415/11)*; *Morcillo y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-169/14)* y *BBVA (C-8/14)*. Dichos pronunciamientos impulsaron importantes reformas legislativas, como la

3.2.2 PROPUESTAS PARA AVANZAR. DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

Según el último *House Price Index*, elaborado por Eurostat, los precios del alquiler de la vivienda en España en 2017 subieron el doble que en Italia y Francia, situándonos así, por primera vez en casi una década, entre los quince países donde el alquiler se encareció por encima de la media de la UE. Y hablamos de un país en el que, según Cáritas, a finales de 2018 unas cuarenta mil personas carecían de un techo bajo el que refugiarse. Cifras que se elevan por encima de los dos millones en el caso de las personas que residen en una vivienda insegura, y de los cuatro millones para quienes lo hacen en una vivienda inadecuada²¹. En definitiva, todavía hoy la sociedad española no ha logrado reducir los niveles de exclusión vinculados a la vivienda. Y, como no podía ser de otro modo, ello nos lleva a cuestionar la existencia de una política suficiente de vivienda pública.

La construcción de vivienda protegida fue la gran víctima de la recesión y los recortes presupuestarios. Y a pesar del crecimiento económico, las cifras han seguido cayendo, situándonos en los puestos de cola en la lista de países europeos relativa al porcentaje de vivienda de alquiler social sobre el parque total²². No es difícil así compartir la afirmación de quienes han vislumbrado en la futura elaboración de un plan estatal que proteja, fomente y desarrolle la construcción de vivienda de protección oficial, una de las principales asignaturas pendientes de la democracia española. Es por ello que, junto a una conveniente reforma del texto constitucional que suprima la jerarquización de los derechos, delimite el contenido mínimo de los sociales y conecte el principio de la equidad en el gasto público con una cláusula de dedicación de los máximos recursos disponibles²³, urge una regulación urbanística que apueste por

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y sus sucesivas modificaciones, y el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

²¹ Atendiendo al análisis de la Fundación Foessa, junto al empleo (23,9%) y la salud (14%), la vivienda (23,7%) sigue siendo determinante en la situación de exclusión social de la población en territorio español. El informe puede descargarse en: <https://caritas-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/2018/09/Ana%CC%81lisis-y-perspectiva-2018-digital.pdf>.

²² Según un reciente documento de trabajo de la Fundación Alternativas, frente a Holanda, que encabeza la lista (30%), seguida de Austria (24%), Dinamarca (20,9%), Suecia (19%), Reino Unido (17,6%) y Francia (16,8%), España se sitúa (1,5%) junto a Rumanía, y solo por delante de Letonia (0,4%), Chipre (0%) y Grecia (0%) El documento puede descargarse en: <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-parque-publico-y-prottegido-de-viviendas-en-espana-un-analisis-desde-el-contexto-europeo>.

²³ Se impondría así, como ocurre en algunos países de América Latina y de Estados Unidos, una necesaria modulación del principio de estabilidad presupuestaria, quedando el mismo constreñido por nuestros

una planificación estatal de la vivienda coherente con nuestras obligaciones internacionales.

El derecho a la vivienda, entendido como un verdadero derecho fundamental, comporta, entre otras cosas, que un propietario no pueda dejar desocupada su vivienda en situaciones de escasez y que el arrendador no pueda establecer cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, ni emprender desalojos privados que vulneren los derechos procesales más elementales. Además, las autoridades públicas deberían poder expropiar suelo o tierras improductivas para la construcción de vivienda social, y recaudar impuestos para la financiación de viviendas protegidas o de alojamiento temporal de personas sin hogar. Iniciativas estas últimas que, además, deberían poder contar con la participación de entidades no lucrativas (Pisarello, 2003, 92-93). Quizás el modelo vienes sea un referente a seguir²⁴. Quizás lo sea también (como lo fue para la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre) el mecanismo francés de solidaridad urbana (que impone por ley una obligación a los municipios de contar con un porcentaje determinado de vivienda social)²⁵. En todo caso, apremia el impulso estatal de un incremento del parque de viviendas de alquiler asequible, ya sea mediante la edificación en régimen de protección pública, ya mediante el desarrollo de programas de captación de viviendas vacías tanto de grandes tenedores (fondos de inversión o entidades financieras), como de particulares²⁶. Además, tanto los mecanismos de control de los precios de alquiler, como la ambiciosa (y anulada) «Ley Alur» de París, el alquiler de tarifa acordada de Roma y la *Mietpreisbremse* berlinesa, como los sistemas de incentivos fiscales de países como Dinamarca, Bélgica y Portugal, ofrecen argumentos para el debate²⁷. Se trata, en definitiva, de una cuestión de voluntad política, no de inviabilidad económica ni de imposibilidad técnico-jurídica.

deberes internacionales en materia social (MONTESINOS PADILLA, 2019). Además, incluso se podría barajar la posibilidad de constitucionalizar un derecho a un mínimo vital (MUÑOZ MACHADO, 2014).

²⁴ Una descripción detallada de dicho modelo puede encontrarse en el análisis recientemente publicado por Ardura Urquiaga y De Gregorio Hurtado en *Agenda Pública*: <http://agendapublica.elpais.com/vivienda-para-tods-una-mirada-a-la-experiencia-de-viena/>

²⁵ En Francia, además, la llamada Ley DALO prevé que cuando una familia no dispone de una vivienda digna, vive en condiciones de insalubridad o está amenazada de expulsión, puede hacer una solicitud ante una comisión de mediación. Si el Estado no le proporciona vivienda dentro del plazo establecido, se podrá interponer un recurso ante los tribunales, que podrá multar a la administración responsable.

²⁶ En este sentido se pronunció SAN ROMÁN AYALA en un artículo de investigación publicado recientemente en *Agenda Pública*, disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/como-crear-un-parque-de-vivienda-en-alquiler/>

²⁷ La «Ley Alur», anulada en 2017 por un tribunal administrativo (ahora es indicativa), establece anualmente un precio de referencia para el metro cuadrado que el propietario no puede exceder por encima de un 20%, ni bajarlo por debajo de un 30%. Por su parte, en Roma existe un mecanismo de «alquiler de tarifa acordada», por el que cada Ayuntamiento establece precios máximos y mínimos, que acuerda con asociaciones locales de propietarios e inquilinos. Finalmente, inspirada en la iniciativa neoyorkina «va-

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARDURA URQUIAGA, A.; De Gregorio Hurtado, S. (2019), Vivienda para tod@s. Una mirada a la experiencia de Viena, *Agenda Pública* (en línea), disponible en <http://agendapublica.elpais.com/vivienda-para-tods-una-mirada-a-la-experiencia-de-viena/>.
- BAUMAN, Z.; BORDONI, C.; AGUIAR, R. (trad) (2016), *Estado de Crise*, Zahar, Rio de Janeiro.
- CARRILLO, M. (2016), The impact of the crisis on social rights, *Catalan Social Sciences Review*, n.6, pp. 25-52.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2015), Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general, en VV. AA. *Crisis y Constitución. XIX Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, pp. 77-84.
- ESCOBAR ROCA, G. (2012), Indivisibilidad y derechos sociales: De la Declaración Universal a la Constitución, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 2, pp. 47-61.
- ESPINO TAPIA, D. R. (2017), Derechos sociales y justiciabilidad en la Teoría constitucional de inicios del Siglo XXI, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 36, pp. 79-108
- FABRE, C. (2000), *Social Rights Under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford.
- FÁUNDEZ LEDESMA, H. (2000), La justiciabilidad de los derechos sociales en el Derecho internacional contemporáneo, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 6, n. 2, pp. 163-200.
- FERRAJOLI, L. (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. (2004), *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. (2000), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Norton & Company, New York.
- JIMENA QUESADA, L. (2018), La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: Signo de madurez constitucional, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 101, pp. 819-866.
- (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2014), Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, pp. 79-124.

cancy rent control», la ley berlinesa de «freno al precio del alquiler», en vigor desde junio de 2015, pone topes en las rentas según un índice general establecido y actualizado por un observatorio público. Especial interés reviste la reciente iniciativa del Parlamento luso, que a finales de 2018 aprobó una nueva ley de vivienda que impide desalojar a mayores de 65 años o personas con un 60% de discapacidad si llevan en una casa más 15 años.

- MONTESINOS PADILLA, C. (2019), El derecho a la vivienda (o del porqué y del cómo reformar la Constitución en materia de derechos sociales), *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2.
- (2018). Artículo 95, en PÉREZ TREMP, P.; SAIZ ARNAIZ, A. (dirs.); Montesinos Padilla, C. (coord.). *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1381-1391.
- MORENO GONZÁLEZ, G. (2018), La economía social de mercado: El polémico concepto de la Constitución económica europea, en GARCÍA GUERRERO, J. L.; MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 791-812.
- PISARELLO, G. (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid.
- (2003), *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2014), *Sobre la pobreza y el Derecho*, Iustel Conferencias, Madrid.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2017), El desarrollo de la Constitución social, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 100, pp. 799-829.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2012), La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29, pp. 423-424.
- SAURA ESTEPÁ, J. (2011), La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2/2011.
- SEN, A. (1999), *Desarrollo como libertad*, Teixeira Motta, L.; Doninelli Mendes, R. (trad), Editora Schwarcz, Sao Paulo.
- SHUE, H. (1996), *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy*. 2.ªEd., Princeton University Press, Princeton.
- TRUJILLO, M. A. (2018), Artículo 47, en Pérez Tremps, P.; Saiz Arnaiz, A. (dirs.); MONTESINOS PADILLA, C. (coord.), *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018, Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 873-883.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2016), Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica, en VAQUER CABALLERÍA, M.; PONCE SOLÉ, J.; ARNAIZ RAMOS, R. (2016), *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 13-61.
- VV. AA. (2011), La reforma del art. 135 CE. Encuesta sobre la reforma constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 93, pp. 159-210.
- WALDRON, J. (1993), *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge.