

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y EL DERECHO A UNA VIVIENDA COMO DERECHOS FUNCIONALES DE LIBERTAD

Ricardo García Macho*

Sumario

- I. Perspectiva del tema
- II. El Estado social como garantía funcional de la libertad en condiciones de igualdad
 1. Las insuficiencias de la perspectiva tradicional del principio del Estado social
 2. El Estado social como principio constitucional con contenido normativo concreto
 3. El Estado social al servicio de la libertad y prosperidad
- III. Los derechos fundamentales sociales como garantía de la libertad
 1. Las aporías de los derechos fundamentales sociales entendidos en sentido tradicional
 2. Los derechos fundamentales sociales al servicio de la generación de unas condiciones de vida que garanticen la libertad funcional individual
- IV. El derecho a una vivienda digna
 1. Configuración constitucional como derecho de libertad funcional
 2. Límites constitucionales del derecho a una vivienda: su efectividad bajo la premisa de la reserva de lo posible y al servicio de la libertad

* Ricardo García Macho, catedrático de derecho administrativo de la Universitat Jaume I, Departamento de Derecho Público, E-12071, Castellón, rgarcia@dpu.uji.es.

Artículo recibido el 19.01.2009. Evaluación ciega: 14.02.2009. Fecha de aceptación de la versión final: 23.2.2009.

I. Perspectiva del tema

La cláusula del Estado social ha sufrido un proceso de transformación en su contenido y fines como consecuencia de la evolución social y política producida,¹ lo cual ha tenido una concreción en las constituciones. Sin embargo, hay una tendencia en la doctrina como consecuencia esencialmente de la influencia de E. Forsthoff,² que entiende que el Estado social no es compatible con el Estado de derecho en el plano constitucional, dado que éste sale desvirtuado cuando se entremezclan ambos, por lo que la concreción de aquél debe llevarse a cabo por el legislador y/o la Administración.

Como consecuencia de la defensa de esta tesis el siguiente paso es negar un contenido normativo concreto constitucional a la cláusula del Estado social, con lo cual de una manera o de otra sufre un socavamiento si se la compara con otros principios constitucionales como el Estado de derecho o el principio democrático. Sin embargo, la cláusula del Estado social goza de un contenido propio en la Constitución española, por sí misma en conexión con otros principios, y asimismo en su manifestación más concreta, los derechos sociales, ya sea considerados como derechos fundamentales (derecho a la educación o derecho de huelga), ya sea como garantías institucionales (derecho a la negociación colectiva o derecho al trabajo), o bien como principios rectores (derecho a la salud, al medio ambiente o a una vivienda digna).

La relación entre el Estado social y la libertad funcional, o sea, al servicio de la libertad, tiene una importancia de primer orden para la persona, pues con ello el fin de la cláusula del Estado social y los derechos sociales no se limita a una actividad de prestación solamente, sino son también garantía de la libertad, lo que permite una integración plena de la persona en la vida social y política. Este prisma de la cláusula social es necesario para establecer una relación dialécticamente entrelazada y en el mismo plano constitucional con los principios del Estado de derecho y el democrático.

El derecho a una vivienda digna ha sido estudiado en profundidad por la doctrina española desde diversos prismas, pero esencialmente a través de su

1. Sobre la cuestión *vid.* García-Pelayo, M., «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pág. 13 y ss.

2. Sus teorías se plasman en «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», en la obra colectiva *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, ed. de E. Forsthoff, Darmstadt, 1968, pág. 165 y ss.

perspectiva de derecho de prestación. No es este, sin embargo, el único ángulo de estudio, pues se trata de un derecho cuya satisfacción permite a la persona disfrutar de otros derechos de libertad como, por ejemplo, la inviolabilidad de domicilio. Por otra parte, el derecho a una vivienda es un principio rector, al estar acogido en el artículo 47 de la Constitución, lo cual plantea unos problemas propios —no sólo por estar acogido en el título I, capítulo III, sino también por la propia morfología del derecho— que en este contexto sólo serán abordados muy someramente.

II. El Estado social como garantía funcional de la libertad en condiciones de igualdad

1. Las insuficiencias de la perspectiva tradicional del principio del Estado social

El contenido del principio constitucional de la cláusula del Estado social recogido en el artículo 1.1 de la Constitución española puede describirse como la exigencia de un hacer activo del legislador en una tarea de fomento social en la consecución de unas condiciones de vida soportables para todas las personas. Esta perspectiva tradicional de la cláusula social parte de la consideración de que el Estado desempeña una función de desarrollo y planificación de la vida económica y social. Esta descripción del principio del Estado social tiene una cierta inconcreción interna, a diferencia por ejemplo de los principios del Estado de derecho o del democrático, y de hecho a aquél se le exige que sirva al mismo tiempo como medio de integración social, que genere iguales condiciones de vida e igualdad de oportunidades, que fomente los procesos de modernización tecnológicos, sociales, económicos etc., la resolución de los problemas sociales y de los conflictos de clase.³ Cada uno de estos objetivos, y otros que se podrían traer a colación, podrá realizarlos el Estado social en el mejor de los casos parcialmente, pero de todos modos suena a la realización de objetivos difusos, frecuentemente de difícil concreción.⁴

3. En este sentido ampliamente sobre el tema *vid.* Heinig, H. M., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen, 2008, pág. 3 y ss.

4. Esta es la tesis defendida nítidamente por A. Fernández Miranda cuando dice que la cláusula del Estado social «es finalista, y que persigue una sociedad más justa, más igualitaria y más satisfecha en sus necesidades», y muy especialmente cuando establece siguiendo su argumentación en ese

Por otra parte, en esta descripción del contenido del principio del Estado social se está poniendo de manifiesto que sus objetivos son esencialmente de seguridad y asistencia social, de prestaciones que el legislador programa y debe realizar de manera efectiva la Administración. Este contenido de prestación social que se encuentra en la cláusula social ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional,⁵ cuando determina que el establecimiento en el artículo 1.1 de la Constitución de la norma que configura el Estado como social... conduce al reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social... que exige la intervención del Estado para hacerlos efectivos (FJ 3º). En otra sentencia del Tribunal Constitucional⁶ se pone de manifiesto el carácter de prestación del Estado social cuando, a propósito del deber que tienen los poderes públicos de ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9 CE), de donde deduce el alto Tribunal la obligación de un hacer activo del legislador en esta tarea de prestación (FJ 11º).

La acción y asistencia social es una exigencia que se infiere del principio del Estado social del artículo 1.1 de la Constitución, lo cual ha sido puesto de manifiesto por la doctrina⁷ y es una función central del Estado social como puso de relieve en su momento el Tribunal Constitucional.⁸ Esta perspectiva del Estado social se vincula a la idea de que el Estado con capacidad directiva debe configurar el orden social con el objetivo de hacerlo más igualitario y nace como medio de corrección al derecho formal propio de un Estado liberal burgués, en el que personas privadas con autonomía económica, con técnicas propias de derecho privado, que actuaban sobre todo mediante los derechos de

mismo párrafo que «ni la Constitución sabe la forma más conveniente del fin perseguido (el Estado de bienestar) ni mucho menos los medios más idóneos para alcanzarlo en cada momento, ni siquiera el calendario adecuado ni la administración de prioridades»; en «El Estado social», en REDC, 2003, pág. 178

5. Se está haciendo referencia a la STC 18/1984, de 7 de febrero.

6. STC 77/1985, de 27 de junio.

7. Entre otros véase Parejo Alfonso, L., *Estado social y Administración Pública*, Madrid, 1983, pág. 82 y ss.; Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado I (Los fundamentos)*, Madrid, 1998, pág. 107 y ss.; Vaquer Caballería, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002, pág. 74 y ss., y García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, 1982, pág. 125 y ss.

8. En efecto, en la STC 146/1986, de 25 de noviembre, el alto Tribunal destacó de forma nítida la estrecha relación existente entre la asistencia social, más allá de la clásica beneficencia, y la cláusula del Estado social (especialmente fundamentos jurídicos 2º y 5º).

propiedad y libertad contractual, participaban en el mercado a la búsqueda de sus propios intereses.⁹ Este Estado liberal engendraba en su actuación desigualdades formales y materiales y garantizaba el disfrute de los derechos fundamentales sólo para aquellas personas que gozaban de una autonomía económica suficiente.

El Estado social que nace como reacción a esta situación jurídica existente tiene un carácter esencialmente paternalista, en especial de mejora de las desigualdades materiales que se producían en el funcionamiento de aquel Estado liberal.¹⁰ A esta perspectiva del Estado social pragmática de satisfacción sobre todo de necesidades materiales hay que añadir una nueva adjetivación: su concreción desde una perspectiva constitucional, su carácter difuso, que se manifiesta en los muy diversos objetivos que se le asignan y se le han asignado a lo largo del tiempo (resolución de conflictos sociales, integración social, igualdad de oportunidades, fomento de la modernización social y económica, etc.), lo que dificulta claramente su determinación constitucional, su carácter normativo concreto desde la Constitución.

Estas tesis sobre el Estado social han sido desarrolladas especialmente por E. Forsthoff,¹¹ quien parte de la incompatibilidad en el plano constitucional entre los principios del Estado de derecho y del Estado social,¹² dado que a este último le falta capacidad normativa jurídico-constitucional, lo que le lleva a afirmar, por una parte, que el Estado social es un fenómeno político y, por otra, que corresponde a la Administración hacerlo efectivo. Muy recientemente en la doctrina española una tesis muy semejante, en una obra de gran interés, ha sido defendida por J. M. Rodríguez de Santiago manteniendo que el Estado social no tiene relevancia constitucional, sino que se realiza por la legislación y la Admi-

9. En profundidad sobre el tema, y con una perspectiva muy aguda que pone de manifiesto las «debilidades» del ordenamiento jurídico formal burgués, *vid.* Habermas, J., «Paradigmas del derecho», en *Facticidad y validez*, Madrid, pág. 483 y ss.; también ha puesto de manifiesto esas «debilidades» de Cabo Martín, C., *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, pág. 18 y ss.

10. En profundidad sobre esta materia véase Sommermann, K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 1997, pág. 175 y ss.

11. *Vid.* «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», en la obra colectiva *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, *op. cit.* (cita 2), pág. 170 y ss.

12. Sobre la cuestión *vid.* García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pág. 72 y ss.

nistración.¹³ Este planteamiento sobre el Estado social conduce inmediatamente a entender que el Estado de derecho y aquél no se sitúan en el mismo plano en la Constitución,¹⁴ no pueden entrelazarse, pues son incompatibles como principios constitucionales, lo cual significa una superioridad del principio del Estado de derecho debido a su capacidad de concreción constitucional, de la que carece la cláusula social. Asimismo, se considera que al principio del Estado social le faltan unos fundamentos teórico-constitucionales con tradición dogmática.¹⁵

2. El Estado social como principio constitucional con contenido normativo concreto

El Estado social desde una perspectiva histórica aparece como medio de solución de los problemas sociales y económicos, que surgen como consecuencia de los conflictos sociales propios de la sociedad industrial.¹⁶ A medida que la sociedad industrial evoluciona y modifica su estructura, también lo hace el contenido de la cláusula social, teniendo ésta una dependencia de las circunstancias concretas que se van produciendo.¹⁷ El hecho cierto es que la cláusula social sur-

13. *La administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 12 y 28. No es posible en este contexto ocuparnos en profundidad del significado de esta tesis, que degrada constitucionalmente el principio del Estado social y que en sus rasgos esenciales es la de Forsthoff, pero desde luego la refutación de esta última ya la hizo W. Abendroth inmediatamente después de ser expuesta por Forsthoff en la reunión anual de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público del año 1953 y aparece publicada en el libro colectivo aludido en la cita 2, pág. 114 y ss. También por mí mismo, el significado de la tesis de Forsthoff y su crítica ha sido puesta de relieve en *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, en la pág. 71 y ss. (cita 7). Ampliamente sobre el tema *vid.* asimismo Parejo Alfonso, L., *Estado social y Administración pública*, *op. cit.* (cita 7), pág. 34 y ss. En la doctrina alemana más reciente también se ha rebatido la tesis del insigne profesor de Heidelberg; por todos, véase Sommermann, K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, *op. cit.* (cita 10), pág. 172 y ss., y Heinig, H. M., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, *op. cit.* (cita 3), pág. 22 y ss.

14. En este sentido véase Fernández Miranda, A., *El Estado social*, *op. cit.* (cita 4), pág. 179.

15. Sobre estas cuestiones *vid.* Ipsen, H. P., «Anmerkung zu einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.1951», en DÖV, 1952, pág. 217.

16. Sobre el tema en profundidad *vid.* Sommermann, K.-P., *Staatsziel und Staatszielbestimmungen*, *op. cit.* (cita 10), pág. 60 y ss., y García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pág. 42 y ss., y en relación con España pág. 48 y ss.

17. *Vid.* en este sentido García Pelayo, M., «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.* (cita 1), pág. 18 y ss.

ge como solución a la «cuestión social» y los problemas de los antagonismos de clases surgidos en torno al capital y el trabajo, en la búsqueda de una justicia social, pero ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo y los cambios estructurales producidos en la sociedad, lo que ha tenido como consecuencia que el Estado social haya adquirido un perfil bastante más amplio, de establecimiento de unas reglas de juego limpio en la sociedad, de una vida mejor y de garantía de la propia libertad de la persona.

Estos diversificados objetivos del Estado social vinculados a su evolución lo hacen polifacético, con diversas capas, a veces funcional y otras disfuncional, y que se manifiesta en el proceso de cambio de una sociedad industrial a la actual postindustrial, en la que surgen nuevas cuestiones sociales, a cuyos retos debe responder el Estado social; así, por ejemplo, convertirse en motor de la modernización y de los procesos de cambios sociales y económicos. Esta indeterminación y carácter contradictorio del Estado social plantean desde una perspectiva de teoría constitucional la pregunta sobre su normatividad y percepción de la realidad.¹⁸

Es difícil de determinar y dar contenido a una teoría constitucional normativa del Estado social, ello a pesar de que nace, como el Estado de derecho, en el siglo XIX.¹⁹ Sin embargo, sobre este último los estudios son muy numerosos,²⁰ lo que ha permitido su concreción normativa teórico-constitucional. La carencia de ese contenido normativo del Estado social conduce a la necesidad de situarlo en el contexto de una serie de principios como los de seguridad, solidaridad, igualdad, libertad y democracia,²¹ que, por otra parte, encuentran acomodo en la Constitución española de 1978.

18. Para un amplio y agudo desarrollo de la cuestión véase Heinig, H. M., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, op. cit. (cita 3), pág. 76 y ss.

19. Se han ocupado de la cuestión, entre otros, Huber, E. R., «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», en *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, op. cit. (cita 2), pág. 596 y ss., y Sánchez Ferriz, R., *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, 1993, pág. 140 y ss.

20. A ello no es ajeno que la consolidación de la burguesía como clase social y económica dominante influye decisivamente en la instauración del Estado de derecho con contornos claramente definidos en las constituciones a partir del siglo XIX.

21. Sobre la base de estos principios y a la luz de la Ley fundamental alemana, Heinig, H. M., ha dado un contenido normativo teórico-constitucional al Estado social; en *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, op. cit. (cita 3), pág. 110 y ss.

No es posible, sin embargo, en este contexto un estudio de estos principios en profundidad,²² ni tan siquiera de algunos ellos, pero sí destacar ciertos rasgos que podrían delimitar el contenido normativo del Estado social.²³ Por lo que se refiere al principio de seguridad, tradicionalmente se ha vinculado cláusula social y seguridad social, entendiéndola en el sentido de protección social, noción recogida en la Constitución de 1978, esencialmente en los artículos 39 y siguientes,²⁴ encabezados como principios rectores de la política social y económica. El Tribunal Constitucional ha dado contenido al principio de seguridad social en relación con el artículo 40.2 CE cuando establece en la Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social» (FJ 5º). El alto Tribunal en esa frase se manifiesta un tanto enfático sobre el contenido concreto de la seguridad social, puesto que la necesidad de seguridad social subjetiva no puede ser satisfecha de forma permanente de manera objetiva y, de hecho, la creación de un sistema de seguridad social público engendra inseguridades en la esfera del individuo debido a los límites en la satisfacción de las prestaciones de la seguridad social.²⁵ En este sentido, en el mismo fundamento jurídico (FJ 5º) el Tribunal Constitucional matiza la afirmación anterior y determina que el legislador y la Administración pueden restringir el disfrute efectivo de las vacaciones. Eso sí, tales restricciones sólo se pueden realizar con ciertos límites.

Teniendo en cuenta lo anterior, la cláusula social debe entenderse como garantía del principio de seguridad pero más allá de la seguridad social, y en sentido amplio debe comprenderse como fundamento de la libertad. En efecto, de la misma manera que históricamente el derecho a la protección ante detenciones arbitrarias (nadie puede ser apresado sin orden escrita y en caso de serlo en

22. En este trabajo se quiere hacer especialmente hincapié en el principio de libertad en conexión con la cláusula del Estado social y los derechos sociales.

23. Sobre el contenido normativo del Estado social véase Sommermann, K.-R., «Comentario al artículo 20 de la Ley fundamental», en *Bonner Grundgesetz Kommentar*, de Mangoldt-Klein y Starck, Munich, 2000, pág. 59 y ss.

24. No sólo en ese capítulo III del título I se incluyen derechos de protección social, pues también en otros preceptos del capítulo II, por ejemplo el derecho al trabajo (art. 35) o el derecho a la negociación colectiva (art. 37), se incluyen tal tipo de derechos.

25. Las promesas de seguridad engendran nuevas inseguridades en su implementación; véase una sugerente reflexión sobre el tema de Heinig, H. M., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, op. cit. (cita 3), pág. 116 y ss.

un plazo de 20 días tiene que ser conducido ante el juez) fue confirmado en el Habeas Corpus Act (1679) y firmado por el rey inglés Carlos II,²⁶ hoy en día como entonces la seguridad en sentido amplio²⁷ fortalece a la persona y es garantía de su libertad.

El principio de igualdad reconocido en la Constitución española en el artículo 14, que excluye la discriminación por razón de nacimiento, en relación con el artículo 9.2, que otorga un mandato a los poderes públicos para que la igualdad del individuo y grupos sea real y efectiva, tiene una relación próxima y directa con la cláusula social del artículo 1.1. Los efectos de la introducción en la Constitución del artículo 9.2 en el sentido de obligar a los poderes públicos a buscar como objetivo una igualdad material y remover los obstáculos que lo impidan para toda persona han sido destacados ampliamente por la doctrina,²⁸ así como el entrelazamiento de este precepto con la cláusula del Estado social y la mutua potenciación de ambos principios en la búsqueda de un igualitarismo material que establezca una igualdad de oportunidades para toda persona y una igualdad por medio de la redistribución de la renta.

A la perspectiva de la igualdad material se ha referido el Tribunal Constitucional en algunas sentencias. Así, en la STC 237/2007, de 7 de noviembre, hace referencia al establecimiento de la igualdad de oportunidades cuando dice que «de las disposiciones relativas a las becas y ayudas al estudio contenidas en la citada Ley orgánica 10/2002 [...] se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de Estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE)» (FJ 8). También el alto Tribunal se ocupa de la igualdad distributiva en la Sentencia 189/2005, de 7 de julio, cuan-

26. Sobre el tema *vid.* García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pág. 18 y ss.

27. Incluyendo por supuesto la seguridad social, pero también, por ejemplo, la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE).

28. En este sentido véase, entre otros, Sánchez Morón, M., «El principio de participación en la Constitución española», en RAP, n.º 89, pág. 175 y ss.; Garrorena Morales, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984, pág. 57 y ss.; Lucas Verdú, P., «Comentario al artículo 1 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo I, dirigidos por Alzaga, O., Madrid, 1996, pág. 115 y ss., y Fernández Miranda, A., *El Estado social*, *op. cit.* (cita 4), pág. 163 y ss.

do determina «que el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario, siendo el tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución propugna (STC 19/1987, FJ 4) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE)» (FJ 8).

3. El Estado social al servicio de la libertad y prosperidad

Hay otra perspectiva, sin embargo, menos destacada en ese artículo 9.2, y es la de promover las condiciones para que la libertad del individuo sea real y efectiva. Esta perspectiva desde el punto de vista de la libertad va más allá de considerar al Estado social y la cláusula del artículo 9.2 CE como un medio de igualación material y distribución social, de reparto de los bienes existentes. Se está haciendo alusión al derecho al ejercicio de la libertad como lo ha ejercido y ejerce la burguesía, la participación política en igualdad de condiciones y la no discriminación. En efecto, la perspectiva que hace hincapié en el aspecto de igualdad material de estos principios y derechos pretende un reparto de la renta igualitaria y una protección más eficaz frente a los riesgos sociales, pero conduce a unos efectos no previstos de un paternalismo del Estado social. De hecho, se potencia una mayor autonomía privada²⁹ pero nada más, y para conseguir que ésta no sea estática y dependa permanentemente de la actuación administrativa se hace necesaria la vertiente de la libertad y participación política del individuo, que permitirá una autonomía pública y establecerá una conexión imprescindible entre autonomía privada y pública.³⁰

La autonomía del individuo y la capacidad de conducir su vida dependen de tres dimensiones: la cultural, la económica y la política, y constituyen una

29. Este ha sido el objetivo prácticamente único de la cláusula del Estado social y de los derechos sociales tradicionalmente.

30. Sobre esta cuestión en profundidad *vid.* Habermas, J., «El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia», en *La inclusión del otro*, Barcelona-Buenos Aires, 1999, pág. 252 y ss.

función del Estado social en la consecución de la libertad individual en condiciones de mayor igualdad. Ahora bien, debe aclararse que el Estado social ayuda, en efecto, en la consecución de estos objetivos pero por sí solo no puede llevarlos a cabo, sino que depende de la economía de mercado. La economía de mercado, a su vez, produce bienes, y la participación en la producción, distribución y consumo de esos bienes abre y garantiza amplios ámbitos de libertad,³¹ lo cual pone de manifiesto la necesidad de la participación del individuo, de todas las personas, en ese proceso, pues sus condiciones de vida tienen una directa relación con su participación en ese proceso y asimismo con el buen funcionamiento de la economía de mercado.

Por otra parte, hay bienes imprescindibles que permiten al individuo disponer de unas buenas condiciones de vida que, sin embargo, en principio no está en disposición de garantizar el mercado, como pueden ser, por ejemplo, la educación, la cultura, la sanidad o ciertas infraestructuras, y que sí son tarea del Estado social. Por otra parte, la falta de prestación de estos bienes crea en la persona desigualdad, inseguridad y carencias elementales básicas. Al mismo tiempo, esos bienes, de manera muy acusada las infraestructuras y la educación en sentido amplio (incluyendo la investigación), son indispensables para un funcionamiento eficaz de la economía de mercado.³²

Puede decirse, teniendo en cuenta las formulaciones anteriores, que el Estado social contribuye a la garantía de unas condiciones estándar de vida del individuo, pero ni él sólo las puede crear, pero tampoco sin él se pueden garantizar. El Estado social garantizador de la libertad es un Estado, en primer lugar y siguiendo el modelo tradicional, asistencial, de prestación, que asegura un «mínimo» para una existencia digna de la persona. Ahora bien, va más allá en su actuación de esa tarea prestacional y debe preocuparse de la creación de unas condiciones que faciliten al individuo la libertad individual. Se trata de una libertad que permita, por una parte, el establecimiento de una autonomía privada de la persona, que incluye la autonomía económica y moral, o sea, la capacidad de poder conducir la vida privada propia y, por otra, la instauración de una autonomía pública, que engloba la autonomía política y la ético-cultural, o sea, la

31. En este sentido *vid.* Zacher, H. F., «Sozialstaat und Prosperität», en *Festschrift für Reiner Schmidt*, ed. de Bauer, H., Czybulka, D., Kahl, W. y Vosskuhle, A., Munich, 2006, pág. 305 y ss.

32. En ese sentido *vid.* Zacher, H. F., «Sozialstaat und Prosperität», en *Festschrift für R. Schmidt*, *op. cit.* (cita 31), pág. 307.

participación en la creación de una voluntad comunitaria.³³ En un Estado social las fronteras entre la autonomía privada y la pública son fluidas y deben estar a disposición de la formación de la voluntad política de los ciudadanos, lo cual se aleja de la perspectiva del Estado prestacional que garantiza, como un fin en sí mismo, un mínimo existencial al individuo. Se trata más bien de un Estado que a través de sus prestaciones pone en disposición al individuo para el ejercicio de su autodeterminación en relación con los demás, los cuales plantean exigencias con iguales derechos con el objetivo de la libertad individual. En definitiva, el Estado social que se percibe en la Constitución española debe estar anclado en la idea de libertad, de una libertad funcional, cuyo fundamento está anclado en la autonomía privada y en la pública de los ciudadanos.

III. Los derechos fundamentales sociales como garantía de la libertad

1. Las aporías de los derechos fundamentales sociales entendidos en sentido tradicional

La cláusula del Estado social pergeña el desarrollo y contenido de los derechos fundamentales sociales, de tal forma que si aquélla tiene un contenido interno constitucionalmente configurado, como se defiende en este trabajo, y por lo tanto no depende en su concreción del legislador,³⁴ los derechos fundamentales sociales adquieren una relevancia en sí mismos, que será necesario concretar, teniendo en cuenta las dificultades inherentes a esta pretensión, pues esa concreción depende de factores diversos que será necesario examinar, aunque sea brevemente.

33. Sobre el tema en profundidad *vid.* Habermas, J., «Reconciliación mediante el uso público de la razón», en *Debate sobre el liberalismo político*, J. Habermas y J. Rawls, Barcelona-Buenos Aires-México, 1998, pág. 64 y ss., y Heinig, H. M., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, op. cit.* (cita 3), pág. 211 y ss.

34. Si se mantiene la tesis de que la cláusula del Estado social depende en último término del desarrollo que de ella haga el legislador, ello conduce a una identificación del principio democrático y la cláusula social en sus objetivos (el Estado social es lo mismo que el Estado democrático), lo cual ha sido puesto de relieve por J. Pérez Royo, cuando dice que el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social; en *Curso de Derecho Constitucional*, undécima edición, Madrid, 2007, pág. 170. Esta perspectiva, sin embargo, hace perder carácter funcional a la cláusula social y ello se debe a que no se le concede un contenido constitucional propio.

Los derechos fundamentales sociales, que desde la perspectiva histórica surgen como medio de paliar los excesos que se estaban produciendo en la sociedad industrial y que estaban dirigidos al fomento de los estratos de población con menor capacidad económica, tienen un contenido de prestación, de seguridad y asistencia a esos grupos como medio de garantía de su supervivencia. En este contexto, los derechos sociales son una medida de asistencia para los estratos sociales más débiles³⁵ que conduce a la satisfacción de unas necesidades mínimas necesarias para subsistir, pero eso no implica una integración activa del individuo en la vida social y política, o sea, el disfrute de los derechos civiles.

Esta perspectiva histórica, que en sus matices³⁶ ha evolucionado, es hoy en día la perspectiva tradicional de los derechos sociales, que solamente percibe su aspecto de prestación y que tiene efectos restrictivos, puesto que en el mejor de los casos garantizará una autonomía privada al individuo, por lo que éste será un destinatario del derecho social concreto pero no un autor que participa activamente en su configuración. En esta perspectiva tradicional subyace una comprensión limitativa de los derechos sociales, que los considera principios rectores, en una interpretación muy positivista, excesivamente apegada a la letra del artículo 53.3 CE,³⁷ lo cual significa que aquéllos dependen del desarrollo que de ellos haga el legislador, cuando no la Administración.³⁸

35. Un ejemplo paradigmático de este tipo de derecho social (el derecho a una vivienda) sería la Ley de casas baratas promulgada el 12 de junio de 1912, que se dirigía esencialmente al fomento de la vivienda social para las clases trabajadoras, que eran las que esencialmente las necesitaban; en García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, op. cit. (cita 7), pág. 175 y ss.

36. Existen diferencias importantes entre la idea de prestación, muy incipiente, propia de la ley de casas baratas, y la que en su momento fue defendida por P. Häberle por ejemplo en su trabajo «Grundrechte im Leistungsstaat», que es una idea de prestación muy evolucionada. Sigue siendo esta última, sin embargo, una idea de prestación en sentido esencialmente material, no de exigencias individualizadas a prestaciones sociales en ponderación con los derechos fundamentales de libertad; en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1972, Berlín-Nueva York, *in totum*.

37. Se trata, en efecto, de una comprensión poco dinámica de los derechos sociales, que no interrelaciona los derechos reconocidos en los artículos 39 y ss. de la Constitución con los derechos de libertad, ni con otros derechos fundamentales sociales, por ejemplo, el derecho a la educación (art. 27 CE), extrayendo de ello algunas conclusiones en cuanto a la necesaria relación entre esos derechos. Tampoco se matiza en la interpretación del artículo 53.3 CE respecto a lo instituido por el poder constituyente en los artículos 39 y ss., pues en unos casos se refiere a principios rectores pero en otros se plantean como derechos (derecho al medio ambiente, a una vivienda digna o a la salud), lo cual tiene unos efectos que están todavía por desarrollar y concretar, a pesar de que todos ellos (art. 39-52) estén vinculados por lo dispuesto en ese artículo 53.3.

38. Este enfoque corresponde en realidad a una interpretación actualizada de las tesis de Forsthoff, ya que depende de la concreción del derecho social de lo que establezca el legislador, con lo que

Los derechos sociales nacen vinculados a la idea de prestación de los poderes públicos, idea que ha sido desarrollada históricamente, en principio como prestaciones que realizaba esencialmente la Administración, luego como objetivos fijados en la Constitución y finalmente como derechos de prestación. Estos diversos rangos de prestaciones han sido acogidos en la Constitución española como propios del Estado de prestación, lo cual era necesario delimitar y matizar por la doctrina y la jurisprudencia e, incluso, por el legislador, puesto que el poder constituyente así lo hace.

La tarea de delimitación y concreción se ha realizado entendiendo el Estado de prestación como exigencias esencialmente materiales, desarrollando el concepto de derechos de prestación vinculado al «estatus positivo» de G. Jellinek,³⁹ que posteriormente ha evolucionado a un «*status activus processualis*» con un reforzamiento de la posición del procedimiento en ese Estado de prestación. Este enfoque está anclado, en definitiva, en el ángulo de dación de bienes materiales al individuo, pues aunque se diga⁴⁰ que es simplista establecer la delimitación entre los derechos sociales y los de libertad, en el hecho de que los sociales implican el otorgamiento de prestaciones y los de libertad suponen un no hacer de los poderes públicos,⁴¹ no obstante no se establece una interacción suficiente entre ambos tipos de derechos para garantizar la autonomía social y política del individuo. En efecto, se parte de un Estado liberal burgués con añadidos de un Estado social pero con primacía permanente del primero, no con una

no se instaura una relación en la esfera constitucional entre los derechos de libertad y los derechos sociales, dando a éstos un contenido constitucional concreto y situándolos al servicio de la garantía de los derechos de libertad de los individuos. En definitiva, al final el derecho social depende de cómo se organice el servicio público; *vid.* sobre esta perspectiva tradicional González Moreno, B., *El Estado social (naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales)*, Madrid, 2002, pág. 173 y ss. y 228 y ss.

39. G. Jellinek desarrolló en su momento la teoría de los estatus, diferenciando cuatro estatus y ubicando la idea de prestaciones en el «estatus positivo». Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que él lo hace en el contexto de un Estado liberal y no desarrolla suficientemente el concepto de prestación; *vid.* García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales...*, *op. cit.* (cita 7), pág. 82 y ss.

40. En profundidad sobre el tema véase Cossío Díaz, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, 1989, pág. 178 y ss.

41. Parece evidente que los derechos de libertad no pueden ser garantizados a través de un no hacer de los poderes públicos, sino que éstos tienen que llevar a cabo una actividad de prestación para garantizar la mayoría de los derechos de libertad acogidos en la Constitución española; ampliamente sobre la cuestión *vid.* Cossío Díaz, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.* (cita 40), pág. 185 y ss.

interacción dinámica entre ambos. Se olvida, como ha sido destacado por J. Habermas, que los derechos son relaciones, no cosas, y que se definen institucionalmente por lo que una persona puede hacer en su relación con la otra.⁴²

La delimitación y concreción del significado del carácter prestacional de los derechos han sido puestas de manifiesto por el Tribunal Constitucional en diversos momentos. Así, en su Sentencia 86/1985, de 10 de junio, a propósito del derecho a la educación, haciendo hincapié en su «dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho» (FJ 3º), o bien cuando se refiere al régimen de la Seguridad Social (art. 41 CE) destaca el alto Tribunal en su Sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, el significado prestacional para el individuo de la actividad de la Seguridad Social (FJ 7º), o bien para delimitar nítidamente lo que no es un derecho de prestación con referencia al derecho de asociación (art. 22 CE), estableciendo el Tribunal Constitucional en su Auto 162/1995, de 5 de junio, que «no hay fundamento alguno que autorice a entender que el derecho de asociación consagrado por el artículo 22 CE esté investido ya *ex constitutione* de una dimensión prestacional, en virtud de la cual las asociaciones puedan exigir del Estado que desarrolle cierta actividad» (FJ 4).

2. Los derechos fundamentales sociales al servicio de la generación de unas condiciones de vida que garanticen la libertad funcional individual

Ofrece dificultades importantes la determinación de unas condiciones de vida para el individuo que le permitan una garantía en el ejercicio de la libertad. Sí parece nítido que el ejercicio de la libertad individual es algo diferente de la creación de unas condiciones mínimas materiales. La vinculación de los derechos fundamentales sociales al ejercicio de la libertad funcional⁴³ no significa que el individuo tenga derecho a cualquier tipo de prestación, sino a aquellas condiciones mínimas que le permitan tener una vida con autonomía. El establecimiento de esas condiciones mínimas en la esfera constitucional depende

42. Vid. en profundidad «Paradigmas del derecho», en *Facticidad y validez*, op. cit. (cita 9), pág. 502 y ss.

43. En este sentido G. Pisarello hace una crítica sugerente considerando que de la misma manera que los derechos sociales pueden ser considerados como de igualdad, también pueden ser considerados de libertad; en *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, 2007, pág. 41 y ss.

del contenido constitucional que por sí misma tenga la cláusula del Estado social, y especialmente de la concreción necesaria en el plano constitucional de los derechos fundamentales sociales.

La Constitución española reconoce derechos sociales, los cuales disponen de una concreción constitucional diferente, ya que depende en gran medida de dónde estén ubicados en aquélla, aunque no únicamente de ello, pues también juega un papel la propia estructura del derecho. Muy brevemente debe destacarse por lo que se refiere al derecho al trabajo (art. 35 CE),⁴⁴ visto desde el ángulo de exigencia de los españoles frente a los poderes públicos, su consideración como garantía institucional, dado que al estar acogido en la sección 2ª del capítulo II se encuentra protegido por el artículo 53.1 CE. Sin embargo, los poderes públicos no pueden garantizar la protección de su contenido esencial, pues carecen de ese poder de disposición directa respecto al acceso al derecho a trabajar, puesto que depende en gran medida de las leyes del mercado.

Sí pueden los poderes públicos fomentar la realización de ese derecho al trabajo a través de una política que impida, por ejemplo, el despido libre, o bien realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE),⁴⁵ en esa tarea de concreción de unas condiciones mínimas que garanticen al individuo su autonomía privada y política, y que pone de manifiesto la faceta de garantía funcional de la libertad de ese derecho.⁴⁶ También la instauración de un salario mínimo es una garantía de esas condiciones de autonomía del individuo, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/1984, de 7 de marzo, cuando defiende que «un Estado social y democrático de derecho que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo desde los poderes a los

44. Históricamente el derecho al trabajo es el origen de los derechos sociales y se erige en fuente de los demás derechos sociales.

45. Sobre la cuestión *vid.* García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pág. 138 y ss., y la bibliografía allí citada.

46. No sólo el derecho al trabajo, sino todos los derechos sociales son, además de derechos de prestación, al mismo tiempo de garantía funcional de la libertad; *vid.* en este sentido Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo*, Madrid, 1996, pág. 72 y 73.

que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que, respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad, den efectividad al también mandato constitucional contenido en el artículo 35.1» (FJ 9º).

El derecho al trabajo como acceso a trabajar no pueden garantizarlo, ni tan siquiera de los españoles, los poderes públicos, pero sí pueden hacerlo en relación con otros derechos sociales como el derecho a la salud (art. 43.1 CE), el cual está amparado por el artículo 53.3 CE,⁴⁷ a pesar de lo cual la protección de la salud está garantizada para todos y cada uno de los individuos residentes en el territorio nacional,⁴⁸ no sólo por tanto para los españoles, sino para todos los individuos. El derecho a la salud es un bien jurídico fundamental⁴⁹ que es garantía de la libertad funcional individual⁵⁰ y tiene una estrecha relación con el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), de tal manera que la previsión y protección frente a la enfermedad hay que situarlas dentro de la reserva de lo posible, debiendo ser garantizadas por los poderes públicos como salvaguarda de unas condiciones de vida mínimas del individuo.

El derecho a la educación (art. 27 CE), por su ubicación en la sección 1ª, capítulo II, de la Constitución es un derecho fundamental protegido por el artículo 53.1 y 2, lo cual significa que puede ser exigido individualmente⁵¹

47. El derecho a la salud está protegido por el artículo 53.3 CE, por lo que su grado de protección es menor que el ofrecido para el derecho al trabajo por el artículo 53.1 de la Constitución. A pesar de ello, como ha sido destacado por E. Borrajo Dacruz, la protección de la salud tiene la misma efectividad que los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª del capítulo II; «Comentario al artículo 43 CE», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, dirigidos por O. Alzaga, Madrid, 1996, pág. 182.

48. Sobre el tema en profundidad, y con una sugerente delimitación del contenido del derecho a la salud, *vid.* Borrajo Dacruz, E., «Comentario al artículo 43 CE», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, *op. cit.* (cita 47), pág. 181 y ss., y la bibliografía citada en la nota 5 de la página 177.

49. Sobre esta cuestión véase Parejo Alfonso, L., «Constitución, sistema nacional de salud y formas de organización», en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, coords. L. Parejo, F. Lobo y M. Vaquer, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 15 y ss.

50. Debe destacarse que el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) considera el derecho a la salud en el encabezamiento del título I, capítulo I, como derecho social, pero también como civil, o sea, en su vertiente de libertad.

51. Sobre la exigencia directa por el individuo del derecho a la educación *vid.* Fernández-Miranda Campoamor, A. y Sánchez Navarro, A. J., «Comentario al artículo 27 CE», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo III, dirigidos por O. Alzaga, Madrid, 1996, pág. 168 y 169.

mediante recurso de amparo y su contenido esencial debe ser preservado.⁵² En la sociedad abierta, que corresponde a nuestro tiempo, un uso pleno de las posibilidades de ejercicio de la libertad depende en gran medida de las condiciones sociales en que se vive, por lo que cada persona debe esforzarse en conseguir las mejores condiciones. No obstante, la consecución de esas condiciones, que garantizan un ejercicio real de la libertad, dependen no sólo de las prestaciones materiales garantizadas, sino especialmente de las facultades y el talento personal, cuyo ejercicio y desarrollo requieren la instrucción educativa.

Sobre el derecho a la educación doctrina y jurisprudencia han hecho esencialmente hincapié en la perspectiva de su carácter prestacional, poniéndose en un segundo plano su ángulo de garantía funcional de la libertad,⁵³ cuando en realidad ambos ángulos deben situarse en el mismo nivel,⁵⁴ y esto de manera muy especial en relación con este derecho. En efecto, el derecho a la educación tiene un potencial único de garantía funcional de la libertad, dado que permite, como el mismo artículo 27.2 CE dice, un pleno desarrollo de la personalidad humana, lo que debería proporcionar suficiente autonomía al individuo para un disfrute real de la libertad. En definitiva, el derecho a la educación en su vertiente de libertad funcional es el pórtico que posibilita la entrada a la autonomía privada y política del individuo.

Adquiere trascendencia desde el punto de vista de la orientación que tiene este trabajo la consideración como derecho de libertad que hace el nuevo Estatuto de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) en su título I, capítulo I, al instituir el derecho a la educación no sólo como derecho social, sino también en

52. Poco después de promulgada la Constitución española J. L. Villar Ezcurra llevó a cabo una interpretación sobre la exigibilidad de este derecho en el sentido de considerar que se podía interponer recurso de inconstitucionalidad frente a toda Ley de Presupuestos que no cubriese el déficit total de puestos escolares, lo cual lo fundamentaba en el derecho subjetivo que tiene cada uno de exigir el derecho a la enseñanza; «El derecho a la educación como servicio público», en RAP, nº 88, 1979, pág. 206.

53. En este sentido A. Fernández-Miranda Campoamor acentúa y desarrolla el carácter prestacional del derecho a la educación, y solamente en un muy segundo plano se refiere a su prisma de derecho de libertad; «Comentario al artículo 27 CE», en *Comentarios a la Constitución española...*, *op. cit.* (cita 51), pág. 171 y 181.

54. S. Muñoz Machado destaca, en mi opinión de manera acertada, el carácter civil del derecho a la educación, o sea, su carácter de derecho de libertad, poniendo incluso este ángulo como predominante sobre el prestacional; en *Constitución*, Madrid, 2004, pág. 173.

el mismo plano su vertiente de derecho civil, o sea, como derecho al servicio funcional de la libertad.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 86/1985, de 10 de julio, aun teniendo en cuenta la vertiente de libertad del derecho, acentúa y desarrolla su aspecto prestacional, dando una importancia menor a su ángulo de libertad funcional: «El derecho de todos a la educación [...] incorpora, así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este artículo 27 de la norma fundamental». (FJ 3º).⁵⁵

El derecho fundamental a la educación posee un contenido constitucional delimitado que se encuentra recogido en los diversos apartados del artículo 27 de la Constitución,⁵⁶ de tal manera que cuenta con un contenido esencial suficiente para que la labor de su interpretación corresponda primordialmente al Tribunal Constitucional, lo cual, por otra parte, ha llevado a cabo en diversas sentencias.⁵⁷ Parece claro que el legislador ha efectuado, y continuará haciéndolo, un desarrollo del derecho a la educación pero teniendo en cuenta que es un derecho constitucional con un contenido esencial determinado, por lo que la tarea del legislador debe estar subordinada a este presupuesto de partida.⁵⁸

55. Con idénticas palabras otra sentencia del Tribunal Constitucional, la 236/2007, de 7 de noviembre, se ha referido a la cuestión, ocupándose esencialmente y desarrollando las diversas vertientes prestacionales del derecho a la educación, con una simple mención a su vertiente de libertad (FJ 8º).

56. Sin prácticamente bibliografía y jurisprudencia en el derecho español, A. Embid Irujo en un trabajo pionero, y de mérito, en mi opinión, realizó una interpretación del contenido constitucional de este derecho a la luz de lo estatuido por el poder constituyente en ese artículo 27; «El contenido del derecho a la educación», en REDA, nº 31, 1981, pág. 654 y ss.

57. No puede ser objeto de análisis en este trabajo la muy trascendental doctrina sentada por el alto Tribunal sobre el desarrollo del contenido del derecho a la educación, pues ello nos alejaría de sus pretensiones.

58. En sentido diferente se manifiesta A. Fernández-Miranda Campoamor, quien considera que el derecho a la educación tiene una radical dependencia del legislador, por lo que, a partir de ese presupuesto, acentúa de manera acusada la vertiente de legalidad del derecho frente a la de constitucionalidad; *El Estado Social*, op. cit. (cita 4), pág. 162 y 163.

IV. El derecho a una vivienda digna

1. Configuración constitucional como derecho de libertad funcional

El derecho a una vivienda digna y adecuada, reconocido en el artículo 47 de la Constitución, se examina habitualmente como derecho de prestación,⁵⁹ o sea como exigencia de los españoles ante los poderes públicos a una vivienda ya sea en propiedad o alquiler,⁶⁰ y ese es un prisma del derecho que es esencial y que como tal ha sido en profundidad estudiado,⁶¹ pero no es el único. La perspectiva, en efecto, al servicio de la libertad del derecho a una vivienda, no sólo de este derecho, sino de todos los derechos sociales, juega un papel primordial, pues es garantía de la autonomía del individuo.

El derecho a una vivienda tiene una vertiente de salvaguarda funcional de la libertad, puesto que la posesión y disfrute de una vivienda permite al ciudadano el disfrute de derechos fundamentales de libertad como la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad de domicilio.⁶² En este sentido, la considera-

59. En este sentido, entre otros, *vid.* Pérez Luño, E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984, pág. 183 y ss.; Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, 1988, Madrid, pág. 95 y ss., y García Macho, R., *Las aporías de los derechos...*, *op. cit.* (cita 7), pág. 165 y ss.

60. En España apenas se ha fomentado el alquiler, por lo que el porcentaje de vivienda con esta modalidad es muy exiguo, en total un 9%, pero el alquiler público constituía sólo un 2% en el año 2003, mientras que la vivienda en propiedad alcanzaba un 81%. En el lado contrario se encuentra Holanda, con un 47% de alquiler, del cual el 35% es sector público, mientras que la vivienda en propiedad es un 53% (son cifras del año 2003); fuente: www.spaviv.es (Sociedad Pública de Alquiler). Sin embargo, como consecuencia de la crisis y de unas políticas públicas de fomento del alquiler más enérgico la tendencia está cambiando, de tal modo que en Cataluña hasta junio del 2008 se arrendaron 39.200 viviendas y sólo se vendieron 36.600. Es decir, se ha producido un aumento sustancial de la vivienda de alquiler, puesto que en 2007 suponía un 32%, mientras que a mediados de 2008 ya era un 52%; fuente: www.elpais.com y la fecha de consulta es 13/01/2009.

61. En profundidad sobre el estudio del derecho a la vivienda, por todos, véase en la última década Beltrán de Felipe, M., *La intervención administrativa en la vivienda; aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Valladolid, 2000; Iglesias González, F., *Administración Pública y Vivienda*, Madrid, 2000; Muñoz Castillo, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada*, Madrid, 2000; Gómez Jiménez, M. L., *La intervención administrativa en la vivienda en España (1938-2005)*, Madrid, 2006, y *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, coordinadores Ponce Solé J. y Sibina Tomás, D., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

62. El derecho a una vivienda en su perspectiva de prestación es un derecho «existencial», puesto que supone un requisito necesario e imprescindible para el disfrute de diversos derechos de libertad, lo que pone de relieve nitidamente su carácter de derecho al servicio de la libertad. Este enfoque fue puesto de manifiesto en mi tesis doctoral («El derecho a una vivienda y su configuración

ción de la vivienda, como hace el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) en su título I, capítulo I, como un derecho que afecta al ámbito civil y social⁶³ para aquellas personas que no disponen de recursos suficientes para acceder a una vivienda digna (art. 26), hace referencia a la vertiente civil, o sea de derecho de libertad que posee ese derecho, lo cual es un hito, pues destaca en una norma como un estatuto de autonomía la vertiente de derecho de libertad que tiene el derecho a una vivienda, que habitualmente ha sido considerado sólo en su vertiente de prestación.

Por otra parte, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, en su preámbulo (II) señala la conexión entre el derecho a una vivienda digna y «otros derechos constitucionales que no son posibles sin el primero». Aunque el concepto de derechos constitucionales empleado en aquél es muy amplio y también bastante ambiguo,⁶⁴ incluye en cualquier caso los derechos fundamentales, entre ellos, por tanto, la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad de domicilio.⁶⁵

El derecho de acceso a una vivienda se dirige esencialmente a aquellos individuos que dentro de las leyes del mercado no disponen de suficientes medios económicos para obtener una, ya sea en alquiler o compra. Se trata, por tanto, de un derecho que se satisface por medio de un tipo de vivienda, la social y/o de

en el contexto de los derechos fundamentales sociales y del Estado de derecho»), en la que se estudia la inviolabilidad de domicilio y el derecho a una vivienda como recíprocamente dependientes, en donde subyace la necesidad de acomodación del Estado de derecho y el Estado social con el mismo valor constitucional para ambos principios; un resumen de la tesis, bajo el título enunciado, fue publicado por el Servicio de publicaciones de la Universidad de Salamanca en 1981.

63. Que el nuevo Estatuto de autonomía catalán pone de manifiesto las dos vertientes lo destaca M. Bassols Coma, «Estudio introductorio: la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña», en *El derecho de la vivienda en el siglo XXI...*, coordinadores J. Ponce Solé y D. Sibina Tomás, *op. cit.* (cita 61), pág. 22.

64. ¿Qué son derechos constitucionales, todos los incluidos en la Constitución española? Si es así, a todos se les está dando el título de derechos, cuando algunos de ellos no son derechos en sentido estricto, sino que tienen otra categoría.

65. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español y otros tribunales españoles ya han establecido una conexión entre la contaminación acústica (ruido), que es un derecho medioambiental (art. 45 CE), y la inviolabilidad de domicilio, lo cual ha sido ampliamente comentado por la doctrina; sobre el tema *vid.* García Macho, R., «El principio rector medio ambiente y la protección del ciudadano frente a los ruidos», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, homenaje al prof. R. Martín Mateo, coordinador F. Sosa Wagner, Valencia, 2000, pág. 3550 y ss., y la bibliografía allí citada.

protección pública, y que tiene como destinatarios a estratos de población con poca capacidad adquisitiva. A esta percepción de acceso a la vivienda se refiere el artículo 47⁶⁶ del Estatuto de autonomía de Cataluña, cuando como principio rector (título I, capítulo V) decreta que los poderes públicos deben generar vivienda protegida especialmente para jóvenes y colectivos más necesitados, dado que son éstos los que necesitan más perentoriamente el derecho de acceso a una vivienda para poder disfrutar funcionalmente de los derechos de libertad.

La relación entre las vertientes de prestación y libertad que tienen los derechos sociales es inherente a todos ellos y sólo desde esa perspectiva adquieren plena eficacia, como medio de garantía de la autonomía del individuo. Sin embargo, cada uno posee su propia morfología y contenido,⁶⁷ de tal manera que en el caso del derecho a una vivienda la estrecha relación entre la doble vertiente de prestación y libertad resulta muy acusada, cuando se hace especialmente referencia a los colectivos más necesitados. Por ello, en este caso concreto se hará una breve alusión a los límites constitucionales de este derecho.

2. Límites constitucionales del derecho a una vivienda: su efectividad bajo la premisa de la reserva de lo posible y al servicio de la libertad

Los poderes públicos deben llevar a cabo una tarea intensiva de fomento de la vivienda, dado que es un derecho existencial que constituye un mínimo para que cada español⁶⁸ pueda acceder al disfrute de los derechos de libertad. Desde esta perspectiva, o sea, de que los derechos sociales están al servicio de la libertad, su grado de exigibilidad podría matizarse e incluso ampliarse, puesto que –y en relación concretamente con el derecho a una vivienda– su contenido no vendría determinado solamente por la prestación por parte de los

66. Dice este precepto: «Los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados».

67. No es lo mismo la morfología y contenido del derecho a una vivienda que la del derecho a la educación o bien el derecho a la salud.

68. En el artículo 47 de la Constitución española se reconoce este derecho sólo a los españoles. Sin embargo, por ejemplo en el Estatuto de autonomía de Cataluña se amplía su prestación a todas las personas que no disponen de recursos suficientes (art. 26 del Estatuto).

poderes públicos del bien material, o sea, el acceso a una vivienda en alquiler o propiedad, sino si además posibilita el ejercicio de la libertad,⁶⁹ es decir, de un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos de libertad.⁷⁰

La Constitución española reconoce como derecho fundamental el derecho a la educación y, en el ámbito de los principios rectores (art. 39-52), el poder constituyente, en tres casos⁷¹ –salud, medio ambiente y vivienda– los menciona como derechos. Entre estos derechos sociales mencionados debe establecerse una conexión con un objetivo esencial: ponerse al servicio de la libertad, o sea, facilitar la autonomía privada y política del individuo. Esta perspectiva, acogida y reconocida por la opinión pública y con un consenso social y político, puede facilitar una interpretación amplia del artículo 53.3 de la Constitución española. También en este sentido debe tenerse en cuenta que el Estado delineado en la Constitución española no es un Estado liberal, con añadidos de un Estado democrático en sentido formal y un Estado social, sino que los tres principios constitucionales se encuentran acogidos con el mismo nivel en la Constitución, y desde esa perspectiva debe interpretarse el título I de la Constitución.

Aun teniendo en cuenta esta perspectiva y las posibilidades de interpretación que ofrece el artículo 53.3 CE, el derecho a una vivienda digna tiene sin embargo unos límites en su exigibilidad establecidos por ese precepto, además de los límites económicos vinculados a la capacidad tributaria de que dispone el Estado, que no es ilimitada.

Por lo que se refiere a la exigibilidad del derecho a una vivienda, no sólo hay que plantearla desde el punto de vista judicial, dado que desde este ángulo la cuestión aparece nítida en el párrafo 3º del artículo 53 cuando dice que «sólo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria según lo que dispongan las le-

69. Posiblemente la obtención de una vivienda en una zona marginal no permitirá al individuo y/o familia un desarrollo personal digno, a causa, por ejemplo de la carencia de un sistema educativo adecuado, inseguridad personal, etc.

70. Véase en este sentido Habermas, J., «Reconstrucción interna del derecho (I): el sistema de los derechos», en *Facticidad y validez*, *op. cit.* (cita 9), pág. 188 y ss.

71. Cuando se refiere al derecho a la protección de la salud (art. 43), al derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45) y al derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47).

yes que lo desarrollen»,⁷² Alguna ley entonces en el derecho español⁷³ tendría que reconocer el derecho a interponer un recurso ante los tribunales contencioso-administrativos exigiendo una vivienda,⁷⁴ y aún en este caso ya se perciben las dificultades para obtener tal vivienda en el país vecino, incluso con un procedimiento legalmente estatuido para obtener una vivienda. De cualquier forma, es evidente que Francia ha avanzado en relación con los demás países europeos en el reconocimiento del derecho a una vivienda.

Existen posibilidades de interpretación favorable a la consecución del derecho a una vivienda –y de los demás también (salud y medio ambiente esencialmente)– en la primera parte de ese párrafo 3º del artículo 53, cuando se refiere al reconocimiento, el respeto y la protección que la legislación posi-

72. En el derecho francés se reconoce el derecho a una vivienda y puede plantearse un recurso ante los tribunales de lo contencioso, una vez denegado el recurso administrativo (art. 1 ley) para obtenerla a partir del 1 de diciembre de 2008, sobre la base de la Ley nº 2007/290, de 5 de marzo, de derecho a una vivienda, reconociendo el derecho a una vivienda adecuada e independiente a toda persona que resida en territorio francés (art. 1). Sin embargo, aun con el reconocimiento del derecho ante los tribunales ordinarios en la práctica la cuestión es más compleja, pues según una fundación, la Abbé Pierre, de 600.000 personas que tendrían el derecho a exigir una vivienda, sólo dispondrían los entes locales franceses de 60.000 viviendas. Por otra parte, una comisión de mediación que desde junio se encarga de la resolución práctica de la cuestión hasta finales de octubre recibió 50.600 solicitudes, de las que 13.000 se consideraron prioritarias, pero sólo habrían obtenido una vivienda 3.5000 peticionarios; fuente: Spiegel online, 1 de diciembre de 2008.

73. Hasta la fecha no hay ninguna ley, ni estatal ni autonómica, hasta donde conozco, que reconozca el derecho a toda persona para interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa exigiendo el derecho a una vivienda.

74. Respecto al entendimiento del derecho a una vivienda como derecho subjetivo que ha planteado J. Ponce Solé, pero sólo en relación con las obligaciones jurídicas de medios, no de resultados, quisiera hacer alguna consideración, a lo que me lleva el interés que suscita su tesis y su loable pretensión de ampliar el contenido del derecho a una vivienda. En primer lugar esa dicotomía entre medios y resultados no parece aceptable desde un punto de vista dogmático de lo que se entiende por el concepto y la estructura de los derechos subjetivos, teniendo en cuenta que un derecho subjetivo es una exigencia que tiene un individuo ante otra persona y/o la Administración para imponerle un deber u obligación (E. García de Enterría). En el caso de la vivienda el individuo y/o ciudadano no tiene un derecho a exigirla ante los poderes públicos, frente a lo que ocurre en el derecho francés, lo cual, sin embargo, no significa que se obtenga una vivienda, sino que se entra en un procedimiento en el que se podrá satisfacer tal derecho o no. Es cierto que respecto a los derechos subjetivos existe una morfología muy diversa, como ha destacado R. Alexy, y en ello se ampara J. Ponce Solé, pero en cualquier caso hay dos momentos conexos en los derechos subjetivos: uno de contenido, que corresponde al uso, ventaja o ganancia que el derecho va a garantizar al individuo, y otro de forma, o sea, el recurso de que se dispone ante la jurisdicción. En el caso del derecho subjetivo respecto a las obligaciones jurídicas de medios no se dan esos dos momentos vinculados; «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo...», en *El derecho a la vivienda en el siglo XXI...*, *op. cit.* (cita 61), pág. 80 y ss.

va,⁷⁵ práctica judicial y poderes públicos deben dispensarle. El legislador estatal y/o autonómico podría hasta llegar a reconocer un derecho subjetivo a obtener una vivienda a toda persona, con posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siguiendo el modelo francés. Sin embargo, aún bajo estas circunstancias habría límites en el ejercicio del derecho, pues difícilmente habría viviendas para todos, por lo que sería el procedimiento el que lo determinaría. En este contexto, y como medio de ponderación, se podría tener en cuenta un mínimo social vinculado a una reserva de lo posible, con un fin de garantía de la libertad individual.

En relación con la reserva de lo posible y el artículo 53.3 debe mencionarse brevemente la cuestión de la irreversibilidad de las conquistas alcanzadas, lo cual plantea dificultades para su defensa. En efecto, existen unos límites económicos en la satisfacción de los derechos sociales⁷⁶ que, además, se ponen todavía más de manifiesto en épocas de crisis,⁷⁷ lo cual difícilmente se puede compaginar con la irreversibilidad de las conquistas alcanzadas.⁷⁸ Sin embargo, alguna doctrina se ha manifestado a favor de esa irreversibilidad,⁷⁹ y de forma muy limitada también lo ha hecho alguna sentencia del Tribunal Constitucional, como la 81/1982, de 21 de diciembre,⁸⁰ que mantiene que «debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales conseguidas» (FJ 3º). Sin embargo, el alto Tribunal dice que en efecto

75. Respecto a la tarea del legislador para hacer efectivo el derecho a una vivienda, *vid.* García Macho, R., «Vivienda», en *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, dir. J. M. Baño León, Navarra, 2007, pág. 737 y ss.

76. En este sentido *vid.* García Macho, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pág. 143 y ss.

77. Sobre la cuestión véase Parejo Alfonso, L., *Estado social y Administración Pública*, *op. cit.* (cita 7), pág. 54.

78. Dice S. Muñoz Machado que es absurdo pretender vincular al Estado a mantener unas prestaciones que la crisis económica no permite; «La crisis del Estado de bienestar y la cuestión de la reversibilidad de los derechos sociales: el caso de los minusválidos», en *La integración social de los minusválidos: balance después de diez años de vigencia de la Ley*, dir. S. Muñoz Machado, Madrid, 1993, pág. 29.

79. En este sentido por todos *vid.* Abramovich, V. y Courtis, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002, pág. 92 y ss., y Hernández García, J., en *Derecho y Vivienda*, dir. M. P. Ledesma Ibáñez, Madrid, 2006, pág. 21.

80. También así se manifiesta la STC 37/1994, de 10 de febrero, en su FJ 3º; M. Carrillo mantiene que los tribunales constitucionales han negado la congelación de los derechos sociales; «La eficacia de los derechos sociales», en *Jueces para la Democracia*, nº 36, 1999, pág. 71.

esas conquistas deben mantenerse, a no ser que existan razones suficientes para no hacerlo, y posiblemente una crisis económica, dependiendo evidentemente de su intensidad, podría serlo. La irreversibilidad de las conquistas obtenidas es defendible, si así está en la Constitución establecido,⁸¹ como ocurre en relación con el derecho a la educación.

Por lo que se refiere a otros derechos sociales, habría que estudiarlo casuísticamente, pues cada derecho social posee su propia morfología pero hay un mínimo social que debe ser defendido y situarlo bajo la reserva de lo posible. Respecto al derecho a una vivienda, el legislador debe preocuparse del fomento de la solidaridad aunque visto desde una perspectiva de la protección individual y al servicio de la libertad.

81. Véase Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, op. cit. (cita 59), pág. 43, y Iglesias González, F., *Administración Pública y Vivienda*, op. cit. (cita 61), pág. 60 y ss.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 38, ISSN 1885-5709, 2009

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

349.444

Ricardo García Macho, catedrático de derecho administrativo de la Universitat Jaume I

es Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad

p. 67-96

Este trabajo se ocupa del estudio de la cláusula del Estado social partiendo de la tesis de que debe tener un contenido constitucional concreto, de la misma manera que la tienen los principios del Estado de derecho y democrático. Este contenido constitucional concreto se acrecienta con la panoplia de derechos sociales reconocidos a lo largo del título

I de la Constitución española. El estudio de todo lo anterior se lleva a cabo a la luz de que tanto el principio del Estado social como los derechos sociales deben estar al servicio de la libertad de la persona, más allá de su ángulo de prestación. Finalmente, se aborda someramente el examen de la morfología y contenido del derecho a una vivienda digna.

Palabras clave: contenido constitucional de la cláusula del Estado social; estructura de los derechos sociales; derechos sociales al servicio de la libertad; derecho a una vivienda digna.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 38, ISSN 1885-5709, 2009

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

349.444

Ricardo García Macho, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Jaume I

es Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad

ca Els drets fonamentals socials i el dret a un habitatge com a drets funcionals de llibertat

p. 67-96

Aquest treball s'ocupa de l'estudi de la clàusula de l'Estat social partint de la tesi que ha de tenir un contingut constitucional concret, de la mateixa manera que la tenen els principis de l'Estat de dret i democràtic. Aquest contingut constitucional concret s'augmenta amb la panòpia de drets socials reconeguts al llarg del títol I de la Constitució espanyola.

L'estudi de tot l'anterior es du a terme tenint en compte que tant el principi de l'Estat social com els drets socials han d'estar al servei de la llibertat de la persona, més enllà del seu angle de prestació. Finalment, s'aborda sucintament l'examen de la morfologia i contingut del dret a un habitatge digne.

Paraules clau: contingut constitucional de la clàusula de l'Estat social; estructura dels drets socials; drets socials al servei de la llibertat; dret a un habitatge digne.

ABSTRACT

Revista catalana de dret públic, 38, ISSN 1885-5709, 2009

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

349.444

Ricardo García Macho, chaired professor of Administrative Law at Jaume I University

es Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad

en Basic Social Rights and the Right to Housing as Functional Rights of Freedom
p. 67-96

This paper endeavors to study of the clause of the social state by starting from the thesis that it should have concrete constitutional content, the same way that the principles of a democracy operating under the rule of law do. This concrete constitutional content increases with the wide range of social rights recognized in Title I of the Spanish Consti-

tution. The study of all of this is carried out assuming that both the principle of the social state and social rights must serve to advance a person's freedom, independently of the scope of provision of services by the State. Finally, the paper briefly addresses the question of morphology and content of the right to decent housing.

Key words: constitutional content of the clause of the social state; structure of social rights; social rights in the service of freedom; the right to decent housing.