

ELS DRETS FONAMENTALS SOCIALS I EL DRET A UN HABITATGE COM A DRETS FUNCIONALS DE LLIBERTAT

Ricardo García Macho*

Sumari

I. Perspectiva del tema

II. L'Estat social com a garantia funcional de la llibertat en condicions d'igualtat

1. Les insuficiències de la perspectiva tradicional del principi de l'Estat social
2. L'Estat social com a principi constitucional amb contingut normatiu concret
3. L'Estat social al servei de la llibertat i la prosperitat

III. Els drets fonamentals socials com a garantia de la llibertat

1. Les apories dels drets fonamentals socials entesos en sentit tradicional
2. Els drets fonamentals socials al servei de la generació d'unes condicions de vida que garanteixin la llibertat funcional individual

IV. El dret a un habitatge digne

1. Configuració constitucional com a dret de llibertat funcional
2. Límits constitucionals del dret a l'habitatge: la seva efectivitat sota la premissa de la reserva del possible i al servei de la llibertat

* Ricardo García Macho, catedràtic de dret administratiu, Universitat Jaume I.

Article rebut el 19.01.2009. Avaluació: 14.02.2009. Data d'acceptació de la versió final: 23.2.2009

I. Perspectiva del tema

La clàusula de l'Estat social ha sofert un procés de transformació en el seu contingut i finalitats a conseqüència de l'evolució social i política produïda,¹ que ha tingut una concreció a les constitucions. Però hi ha una tendència en la doctrina, sobretot com a resultat de la influència d'E. Forsthoff,² que entén que l'Estat social no és compatible amb l'Estat de dret en el pla constitucional, ja que aquest surt desvirtuat quan tots dos s'entremesclen, per la qual cosa la concreció de l'Estat social l'ha de dur a terme el legislador i/o l'Administració.

El pas següent a conseqüència de la defensa d'aquesta tesi és negar un contingut normatiu concret constitucional a la clàusula de l'Estat social, amb la qual cosa d'una manera o d'una altra queda debilitada si se la compara amb altres principis constitucionals com l'Estat de dret o el principi democràtic. Tanmateix, la clàusula de l'Estat social té un contingut propi a la Constitució espanyola, per si mateixa en connexió amb altres principis, com també en la seva manifestació més concreta, els drets socials, ja siguin considerats com a drets fonamentals (dret a l'educació o dret de vaga), com a garanties institucionals (de dret a la negociació col·lectiva o dret al treball) o bé com a principis rectors (de dret a la salut, al medi ambient o a un habitatge digne).

La relació entre l'Estat social i la llibertat funcional, és a dir, el servei de la llibertat, té una importància de primer ordre per a la persona, ja que amb això la finalitat de la clàusula de l'Estat social i els drets socials no es limita només a una activitat de prestació, sinó que són també garantia de la llibertat, la qual cosa permet una integració plena de la persona en la vida social i política. Aquest prisma de la clàusula social és necessari per establir una relació entrelaçada dialècticament i en el mateix pla constitucional amb els principis de l'Estat de dret i el democràtic.

El dret a un habitatge digne ha estat estudiat en profunditat per la doctrina espanyola des de diverses perspectives, però essencialment a través de la relativa al de dret de prestació. Tot i això, aquest no és l'únic angle d'estudi, ja que es tracta d'un dret la satisfacció del qual permet a la persona gaudir d'altres drets de llibertat com, per exemple, la inviolabilitat del domicili. D'altra banda, el dret a l'habitatge és un principi rector, en estar acollit a l'article 47 de la Constitució, la qual cosa planteja uns problemes propis —no només per estar acollit al títol I, capítol III, sinó també per la morfologia del dret— que en aquest context només seran abordats molt succintament.

II. L'Estat social com a garantia funcional de la llibertat en condicions d'igualtat

1. Les insuficiències de la perspectiva tradicional del principi de l'Estat social

El contingut del principi constitucional de la clàusula de l'Estat social recollit a l'article 1.1 de la Constitució espanyola es pot descriure com l'exigència d'una acció activa del legislador en una tasca de foment social per a la consecució d'unes condicions de vida suportables per a totes les persones. Aquesta perspectiva tradicional de

¹ Sobre la qüestió *vid.* M. García-Pelayo, «El Estado social y sus implicaciones», a *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pàg. 13 i seg.

² Les seves teories es plasmen a «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», a l'obra col·lectiva *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, ed. d'E. Forsthoff, Darmstadt, 1968, pàg. 165 i seg.

la clàusula social parteix de la consideració que l'Estat exerceix una funció de desenvolupament i planificació de la vida econòmica i social. Es tracta d'una descripció del principi de l'Estat social que té una certa concreció interna, a diferència, per exemple, dels principis de l'Estat de dret o del democràtic, i de fet a aquell se li exigeix que serveixi alhora com a mitjà d'integració social, que generi iguals condicions de vida i igualtat d'oportunitats, que fomenti els processos de modernització tecnològics, socials, econòmics etc., la resolució dels problemes socials i dels conflictes de classe.³ Cadascun d'aquests objectius, i d'altres que se'n podrien portar a col·lació, podrà realitzar-los l'Estat social en el millor dels casos parcialment, però de tota manera això sona a la realització d'objectius difusos, sovint difícils de concretar.⁴

D'altra banda, en aquesta descripció del contingut del principi de l'Estat social s'està posant de manifest que els seus objectius són essencialment de seguretat i assistència social, de prestacions que el legislador programa i ha de realitzar de manera efectiva l'Administració. Aquest contingut de prestació social que es troba en la clàusula social l'ha posat en relleu el Tribunal Constitucional,⁵ quan determina que l'establiment a l'article 1.1 de la Constitució de la norma que configura l'Estat com a social... condueix al reconeixement dels anomenats drets de caràcter econòmic i social... que exigeix la intervenció de l'Estat per fer-los efectius (FJ 3r). En una altra sentència del Tribunal Constitucional⁶ es posa de manifest el caràcter de prestació de l'Estat social pel que fa al deure que tenen els poders públics d'ajudar els centres docents que reuneixin els requisits que la llei estableixi (art. 27.9 CE), d'on dedueix l'alt Tribunal l'obligació d'una actuació activa del legislador en aquesta tasca de prestació (FJ 11è).

L'acció i l'assistència social són una exigència que s'infereix del principi de l'Estat social de l'article 1.1 de la Constitució, tal com ha destacat la doctrina,⁷ i és una funció central de l'Estat social com va manifestar en el seu moment el Tribunal Constitucional.⁸ Aquesta perspectiva de l'Estat social es vincula a la idea que l'Estat amb capacitat directiva ha de configurar l'ordre social amb l'objectiu de fer-lo més igualitari i neix com a eina per corregir el dret formal propi d'un Estat liberal burgès, en el qual persones privades amb autonomia econòmica, amb tècniques pròpies de dret privat, que actuaven sobretot mitjançant els drets de propietat i llibertat contractual, participaven en el mercat a la recerca dels seus interessos.⁹ Aquest Estat liberal engendrava en la seva actuació desigualtats formals i materials i garantia l'exercici dels drets fonamentals només a aquelles persones que gaudien d'una autonomia econòmica suficient.

L'Estat social que neix com a reacció a aquesta situació jurídica existent té un caràcter essencialment paternalista, en especial de millora de les desigualtats materials que es produïen en el funcionament d'aquell

³ En aquest sentit, àmpliament sobre el tema *vid.* H. M. Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen, 2008, pàg. 3 i seg.

⁴ Aquesta és la tesi defensada nítidament per A. Fernández Miranda quan diu que la clàusula de l'Estat social «és finalista, i que persegueix una societat més justa, més igualitària i més satisfeta en les seves necessitats», i molt especialment quan estableix seguint la seva argumentació en aquest mateix paràgraf que «ni la Constitució no sap la forma més convenient del fi perseguit (l'Estat de benestar) ni encara menys els mitjans més idonis per assolir-lo en cada moment, ni tan sols el calendari adequat ni l'administració de prioritats»; dins «El Estado social», a REDC, 2003, pàg. 178.

⁵ S'està fent referència a la STC 18/1984, de 7 de febrer.

⁶ STC 77/1985, de 27 de juny.

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

⁸ En efecte, en la STC 146/1986, de 25 de novembre, l'alt Tribunal va destacar de manera nítida l'estreta relació que hi ha entre l'assistència social, més enllà de la clàssica beneficiència, i la clàusula de l'Estat social (especialment fonaments jurídics 2n i 5è).

⁹ En profunditat sobre el tema, i amb una perspectiva molt aguda que posa de manifest les «debilitats» de l'ordenació jurídica formal burgesa, *vid.* J. Habermas, «Paradigmas del derecho», a *Facticidad y validez*, Madrid, pàg. 483 i seg.; també ha posat en relleu aquestes «debilitats» C. de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, pàg. 18 i seg.

Estat liberal.¹⁰ A aquesta perspectiva pragmàtica de l'Estat social, de satisfacció sobretot de necessitats materials, cal afegir-hi una nova adjectivació: la seva inconcreció des d'una perspectiva constitucional, el seu caràcter difús, que es manifesta en els objectius molt diversos que se li assignen i se li han assignat al llarg del temps (resolució de conflictes socials, integració social, igualtat d'oportunitats, foment de la modernització social i econòmica, etc.), cosa que dificulta clarament la seva determinació constitucional, el seu caràcter normatiu concret des de la Constitució.

Aquestes tesis sobre l'Estat social han estat desenvolupades especialment per E. Forsthoff.¹¹ Aquest autor parteix de la incompatibilitat en el pla constitucional entre els principis de l'Estat de dret i de l'Estat social,¹² ja que a aquest últim li falta capacitat normativa jurídica i constitucional. Aquest fet porta Forsthoff a afirmar, d'una banda, que l'Estat social és un fenomen polític i, d'altra, que correspon a l'Administració fer-ho efectiu. En la doctrina espanyola J. M. Rodríguez de Santiago ha defensat ben recentment una tesi molt semblant, en una obra de gran interès en què sosté que l'Estat social no té rellevància constitucional, sinó que es realitza per mitjà de la legislació i l'Administració.¹³ Aquest plantejament sobre l'Estat social condueix immediatament a entendre que l'Estat de dret i l'Estat social no se situen en el mateix pla a la Constitució,¹⁴ no es poden entrellaçar, ja que són incompatibles com a principis constitucionals, la qual cosa significa una superioritat del principi de l'Estat de dret a causa de la seva capacitat de concreció constitucional, de la qual manca la clàusula social. Així mateix, es considera que al principi de l'Estat social li falten uns fonaments teòrics i constitucionals amb tradició dogmàtica.¹⁵

2. L'Estat social com a principi constitucional amb contingut normatiu concret

L'Estat social apareix des d'una perspectiva històrica com una eina per resoldre els problemes socials i econòmics que sorgeixen com a conseqüència dels conflictes socials propis de la societat industrial.¹⁶ A mesura que la societat industrial evoluciona i modifica la seva estructura, també ho fa el contingut de la clàusula social, la qual depèn de les circumstàncies concretes que es van produint.¹⁷ El fet cert és que la clàusula social sorgeix com a solució a la «qüestió social» i els problemes dels antagonismes de classes sorgits entorn del capital i el

¹⁰ En profunditat sobre aquesta matèria vegeu K.-P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 1997, pàg. 175 i seg.

¹¹ Vid. «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», a l'obra col·lectiva *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, op. cit. (cita 2), pàg. 170 i seg.

¹² Sobre la qüestió vid. R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, op. cit. (cita 7), pàg. 72 i seg.

¹³ *La administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, 2007, pàg. 12 i 28. No és possible en aquest context ocupar-nos en profunditat del significat d'aquesta tesi, que degrada constitucionalment el principi de l'Estat social i que en els trets essencials és la de Forsthoff, però la refutació d'aquesta última ja la va fer sens dubte W. Abendroth immediatament després de ser exposada per Forsthoff en la reunió anual de l'Associació de Professors Alemanys de Dret Públic de l'any 1953 i apareix publicada al llibre col·lectiu al·ludit en la cita 2, pàg. 114 i seg. El significat de la tesi de Forsthoff i la seva crítica també han estat destacats en la meua obra *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, a la pàg. 71 i seg. (cita 7). Àmpliament sobre el tema, vid. igualment L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración pública*, op. cit. (cita 7), pàg. 34 i seg. En la doctrina alemanya més recent també s'ha rebutat la tesi de l'insigne professor d'Heidelberg; per tots, vegeu K.-P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, op. cit. (cita 10), pàg. 172 i seg., i H. M. Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, op. cit. (cita 3), pàg. 22 i seg.

¹⁴ En aquest sentit vegeu A. Fernández Miranda, *El Estado social*, op. cit. (cita 4), pàg. 179.

¹⁵ Sobre aquestes qüestions vid. H. P. Ipsen, «Anmerkung zu einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.1951», a DÖV, 1952, pàg. 217.

¹⁶ Sobre el tema, en profunditat, vid. K.-P. Sommermann, *Staatsziel und Staatszielbestimmungen*, op. cit. (cita 10), pàg. 60 i seg., i R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, op. cit. (cita 7), pàg. 42 i seg., i en relació amb Espanya pàg. 48 i seg.

¹⁷ Vid. en aquest sentit M. García Pelayo, «El Estado social y sus implicaciones», a *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit. (cita 1), pàg. 18 i seg.

treball, en la recerca d'una justícia social, però ha anat evolucionant amb el transcurs del temps i els canvis estructurals que hi ha hagut en la societat, la qual cosa ha tingut com a conseqüència que l'Estat social hagi adquirit un perfil bastant més ampli, d'establiment d'unes regles de joc net en la societat, d'una vida millor i de garantia de la llibertat de la persona.

Aquests objectius tan diversificats de l'Estat social vinculats a la seva evolució el fan polifacètic, amb diverses capes, de vegades funcional i d'altres disfuncional, i que es manifesta en el procés de canvi d'una societat industrial a l'actual postindustrial, en la qual sorgeixen noves qüestions socials i on l'Estat social ha de respondre als reptes que plantegen; així, per exemple, convertir-se en motor de la modernització i dels processos de canvis socials i econòmics. Aquesta indeterminació i caràcter contradictori de l'Estat social plantegen des d'una perspectiva de teoria constitucional la pregunta sobre la seva normativitat i percepció de la realitat.¹⁸

És difícil de determinar i donar contingut a una teoria constitucional normativa de l'Estat social, i això malgrat que neix, com l'Estat de dret, el segle XIX.¹⁹ De fet, sobre aquest últim els estudis són molt nombrosos,²⁰ cosa que ha permès la seva concreció normativa teòrica i constitucional. La manca d'aquest contingut normatiu de l'Estat social condueix a la necessitat de situar-lo en el context d'una sèrie de principis com els de seguretat, solidaritat, igualtat, llibertat i democràcia,²¹ que, a més, troben el seu espai dins la Constitució espanyola de 1978.

Tanmateix, no és possible en aquest context fer un estudi d'aquests principis en profunditat,²² ni tan sols d'algun d'ells, però sí que es poden destacar alguns trets que podrien delimitar el contingut normatiu de l'Estat social.²³ Pel que fa al principi de seguretat, tradicionalment s'ha vinculat clàusula social i seguretat social, entenent aquesta en el sentit de protecció social, noció recollida a la Constitució de 1978, essencialment als articles 39 i següents,²⁴ sota el títol de principis rectors de la política social i econòmica. El Tribunal Constitucional ha donat contingut al principi de seguretat social en relació amb l'article 40.2 la CE quan estableix en la Sentència 324/2006, de 20 de novembre, que «el dret a vacances anuals retribuïdes forma part del nucli irrenunciable dels drets propis d'un Estat social» (FJ 5è). L'alt Tribunal es manifesta en aquesta frase una mica emfàtic sobre el contingut concret de la seguretat social, ja que la necessitat de seguretat social subjectiva no pot ser satisfeta permanentment d'una manera objectiva i, de fet, la creació d'un sistema de seguretat social públic engendra inseguretats en l'esfera de l'individu a causa dels límits en la satisfacció de les prestacions de la seguretat social.²⁵ En aquest sentit, en el mateix fonament jurídic (FJ 5è) el Tribunal Constitucional matisa l'afirmació anterior i determina que el legislador i l'Administració poden restringir el gaudi efectiu de les vacances. Això sí, aquestes restriccions només es poden realitzar amb uns certs límits.

¹⁸ Per a un desenvolupament ampli i agut de la qüestió vegeu H. M. Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, op. cit. (cita 3), pàg. 76 i seg.

¹⁹ S'han ocupat de la qüestió, entre d'altres, E. R. Huber, «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», a *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, op. cit. (cita 2), pàg. 596 i seg., i R. Sánchez Férriz, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, 1993, pàg. 140 i seg.

²⁰ A aquest fet no és aliè que la consolidació de la burgesia com a classe social i econòmica dominant influeix decisivament en la instauració de l'Estat de dret amb contorns clarament definits a les constitucions a partir del segle XIX.

²¹ Sobre la base d'aquests principis i de la Llei fonamental alemanya, H. M. Heinig ha donat un contingut normatiu teòric i constitucional a l'Estat social; a *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, op. cit. (cita 3), pàg. 110 i seg.

²² En aquest treball es vol recalcar el principi de llibertat en connexió amb la clàusula de l'Estat social i els drets socials.

²³ Sobre el contingut normatiu de l'Estat social vegeu K.-P. Sommermann, «Comentari a l'article 20 de la Llei fonamental», a *Bonner Grundgesetz Kommentar*, de Mangoldt-Klein i Starck, Munic, 2000, pàg. 59 i seg.

²⁴ No solament en aquest capítol III del títol I s'inclouen drets de protecció social, sinó que també altres preceptes del capítol II inclouen aquest tipus de drets, per exemple el dret al treball (art. 35) o el dret a la negociació col·lectiva (art. 37).

²⁵ Les promeses de seguretat engendren noves inseguretats en la seva implementació; vegeu una reflexió suggeridora sobre el tema de H. M. Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, op. cit. (cita 3), pàg. 116 i seg.

Tenint en compte l'anterior, la clàusula social s'ha d'entendre com a garantia del principi de seguretat però més enllà de la seguretat social, i en sentit ampli s'ha d'entendre com a fonament de la llibertat. En efecte, de la mateixa manera que històricament el dret a la protecció davant les detencions arbitràries (ningú no pot ser empresonat sense una ordre per escrit i, en cas de ser-ho, en un termini de 20 dies ha de ser portat davant del jutge) va ser confirmat en l'Habeas Corpus Act (1679) i signat pel rei anglès Carles II,²⁶ avui en dia com llavors la seguretat en sentit ampli²⁷ enforteix la persona i és garantia de la seva llibertat.

El principi d'igualtat reconegut a l'article 14 de la Constitució espanyola, que exclou la discriminació per raó de naixement, en relació amb l'article 9.2, que atorga un mandat als poders públics perquè la igualtat de l'individu i els grups sigui real i efectiva, té una relació pròxima i directa amb la clàusula social de l'article 1.1. Els efectes de la introducció a la Constitució de l'article 9.2 en el sentit d'obligar els poders públics a buscar com a objectiu una igualtat material i remoure els obstacles que ho impedeixin per a tota persona han estat destacats àmpliament per la doctrina,²⁸ així com l'entrellaçament d'aquest precepte amb la clàusula de l'Estat social i la potenciació mútua d'ambdós principis en la recerca d'un igualitarisme material que estableixi una igualtat d'oportunitats per a tota persona i una igualtat per mitjà de la redistribució de la renda.

A la perspectiva de la igualtat material s'ha referit el Tribunal Constitucional en algunes sentències. Així, en la STC 237/2007, de 7 de novembre, fa referència a l'establiment de la igualtat d'oportunitats quan diu que «de les disposicions relatives a les beques i ajuts a l'estudi continguts en l'esmentada Llei orgànica 10/2002 [...] es desprèn que el sistema de beques constitueix un instrument essencial per fer realitat el model d'Estat social i democràtic de dret que la nostra Constitució imposa (art. 1.1), determinant en conseqüència que els poders públics assegurin que la igualtat dels individus sigui real i efectiva (art. 9.2 CE)» (FJ 8). L'alt Tribunal també s'ocupa de la igualtat distributiva en la Sentència 189/2005, de 7 de juliol, quan determina «que l'impost sobre la renda de les persones físiques, pel seu caràcter general i personal, i figura central de la imposició directa, constitueix una de les peces bàsiques del nostre sistema tributari, perquè és el tribut en el qual el principi de capacitat econòmica i el seu correlat, el d'igualtat i progressivitat tributàries, troben una projecció més justa, de manera que és, potser, l'instrument més idoni per assolir els objectius de redistribució de la renda (art. 131.1 CE) i de solidaritat (art. 138.1 CE) que la Constitució propugna (STC 19/1987, FJ 4) i que doten de contingut l'Estat social i democràtic de dret (art. 1.1 CE)» (FJ 8).

3. L'Estat social al servei de la llibertat i la prosperitat

Hi ha, però, una altra perspectiva menys destacada en aquest article 9.2, i és la de promoure les condicions perquè la llibertat de l'individu sigui real i efectiva. Aquesta perspectiva, des del punt de vista de la llibertat, va

²⁶ Sobre el tema *vid.* R. García Macho, *Las aportas de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pàg. 18 i seg.

²⁷ Incloent-hi sens dubte la seguretat social, però també, per exemple, la inviolabilitat del domicili (art. 18.2 CE).

²⁸ En aquest sentit, vegeu, entre d'altres, M. Sánchez Morón, «El principio de participación en la Constitución española», a RAP, núm. 89, pàg. 175 i seg.; A. Garrarena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984, pàg. 57 i seg.; P. Lucas Verdú, «Comentario al artículo 1 de la Constitución», a *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tom I, dirigits per O. Alzaga, Madrid, 1996, pàg. 115 i seg., i A. Fernández Miranda, *El Estado social*, *op. cit.* (cita 4), pàg. 163 i seg.

més enllà de considerar l'Estat social i la clàusula de l'article 9.2 CE com un mitjà d'igualació material i distribució social, de repartiment dels béns existents. S'està fent al·lusió al dret a l'exercici de la llibertat com l'ha exercit i l'exerceix la burgesia, la participació política en igualtat de condicions i la no-discriminació. En efecte, la perspectiva que fa èmfasi en l'aspecte d'igualtat material d'aquests principis i drets pretén un repartiment de la renda igualitària i una protecció més eficaç davant els riscos socials, però condueix a uns efectes no previstos d'un paternalisme de l'Estat social. De fet, es potencia una major autonomia privada²⁹ però res més, i per aconseguir que aquesta no sigui estàtica i depengui permanentment de l'actuació administrativa no es fa necessari el vessant de la llibertat i participació política de l'individu, que permetrà una autonomia pública i establirà una connexió imprescindible entre autonomia privada i pública.³⁰

L'autonomia de l'individu i la capacitat de conduir la seva vida depenen de tres dimensions: la cultural, l'econòmica i la política, i constitueixen una funció de l'Estat social en la consecució de la llibertat individual en condicions de més igualtat. Ara bé, s'ha d'aclarir que l'Estat social ajuda, en efecte, a la consecució d'aquests objectius però per si sol no pot portar-los a terme, sinó que depèn de l'economia de mercat. Al seu torn, l'economia de mercat produeix béns, i la participació en la producció, distribució i consum d'aquests béns obre i garanteix àmbits de llibertat amplis,³¹ i això posa de manifest la necessitat de la participació de l'individu, de totes les persones, en aquest procés, ja que les seves condicions de vida tenen una relació directa amb la seva participació en aquest procés i també amb el bon funcionament de l'economia de mercat.

D'altra banda, hi ha béns imprescindibles que permeten a l'individu disposar d'unes bones condicions de vida que el mercat, en principi, no està en disposició de garantir, com poden ser, per exemple, l'educació, la cultura, la sanitat o certes infraestructures, i que sí que és tasca de l'Estat social. D'altra banda, la falta de prestació d'aquests béns crea en la persona desigualtat, inseguretat i mancances elementals bàsiques. Alhora, aquests béns, de manera molt acusada les infraestructures i l'educació en sentit ampli (incloent-hi la investigació), són indispensables per a un funcionament eficaç de l'economia de mercat.³²

Tenint en compte les formulacions anteriors, es pot dir que l'Estat social contribueix a la garantia d'unes condicions estàndard de vida de l'individu, però ell sol no les pot crear, ni tampoc sense ell no es poden garantir. L'Estat social garantidor de la llibertat és un Estat, en primer lloc i seguint el model tradicional, assistencial, de prestació, que assegura un «mínim» per a una existència digna de la persona. Ara bé, va més enllà en la seva actuació d'aquesta tasca prestacional i s'ha de preocupar de la creació d'unes condicions que facilitin a l'individu la llibertat individual. Es tracta d'una llibertat que permeti, d'una banda, l'establiment d'una autonomia privada de la persona, que inclou l'autonomia econòmica i moral, és a dir, la capacitat de poder conduir la vida privada pròpia i, d'una altra, la instauració d'una autonomia pública, que engloba l'autonomia política, l'ètica i la cultural, és a dir, la participació en la creació d'una voluntat comunitària.³³ En un Estat social les fronteres entre l'autonomia privada i la pública són fluides i han d'estar a disposició de la formació de la voluntat política dels ciutadans, la qual cosa s'allunya de la perspectiva de l'Estat prestacional que garanteix,

²⁹ Aquest ha estat tradicionalment l'objectiu gairebé únic de la clàusula de l'Estat social i dels drets socials.

³⁰ Sobre aquesta qüestió en profunditat *vid.* J. Habermas, «El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia», a *La inclusión del otro*, Barcelona-Buenos Aires, 1999, pàg. 252 i seg.

³¹ En aquest sentit, *vid.* H. F. Zacher, «Sozialstaat und Prosperität», a *Festschrift für Reiner Schmidt*, ed. de H. Bauer, D. Czybulka, W. Kahl i A. Vosskuhle, Munic, 2006, pàg. 305 i seg.

³² En aquest sentit, *vid.* H. F. Zacher, «Sozialstaat und Prosperität», a *Festschrift für R. Schmidt, op. cit.* (cita 31), pàg. 307.

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

com un fi en si mateix, un mínim existencial a l'individu. Es tracta més aviat d'un Estat que a través de les seves prestacions posa l'individu en disposició per a l'exercici de la seva autodeterminació en relació amb els altres, els quals plantegen exigències amb els mateixos drets amb l'objectiu de la llibertat individual. En definitiva, l'Estat social que es percep a la Constitució espanyola ha d'estar ancorat en la idea de llibertat, d'una llibertat funcional, el fonament de la qual està ancorat al seu torn en l'autonomia privada i pública dels ciutadans.

III. Els drets fonamentals socials com a garantia de la llibertat

1. Les apories dels drets fonamentals socials entesos en sentit tradicional

La clàusula de l'Estat social traça el desenvolupament i contingut dels drets fonamentals socials, de tal manera que si aquella té un contingut intern configurat constitucionalment, com es defensa en aquest treball, i per tant no depèn en la seva concreció del legislador,³⁴ els drets fonamentals socials adquireixen una rellevància en si mateixos que caldrà concretar, tenint en compte les dificultats inherents a aquesta pretensió, ja que aquesta concreció depèn de factors diversos que serà necessari examinar, encara que sigui breument.

Els drets fonamentals socials, que des de la perspectiva històrica sorgeixen com a mitjà per pal·liar els excessos que s'estaven produint en la societat industrial i que s'adreçaven al foment dels estrats de població amb menor capacitat econòmica, tenen un contingut de prestació, de seguretat i assistència a aquests grups com un mitjà per garantir-ne la supervivència. En aquest context, els drets socials són una mesura d'assistència per als estrats socials més febles³⁵ que condueix a la satisfacció d'unes necessitats mínimes necessàries per subsistir, però això no implica una integració activa de l'individu en la vida social i política, és a dir, el gaudi dels drets civils.

Aquesta perspectiva històrica, que ha evolucionat quant als matisos³⁶, és avui en dia la perspectiva tradicional dels drets socials, que només percep el seu aspecte de prestació i que té efectes restrictius, ja que en el millor dels casos garantirà una autonomia privada a l'individu, i per aquesta raó aquest serà un destinatari del dret social concret però no un autor que participa activament en la seva configuració. Aquesta perspectiva tradicional amaga una comprensió limitadora dels drets socials, que els considera principis rectoris, en una interpretació molt positivista, excessivament aferrada a la lletra de l'article 53.3 CE,³⁷ cosa que significa que aquells drets depenen del desenvolupament que en faci el legislador, si no l'Administració.³⁸

³⁴ Si es manté la tesi que la clàusula de l'Estat social depèn en darrer terme del desenvolupament que en faci el legislador, això condueix a una identificació del principi democràtic i la clàusula social en els seus objectius (l'Estat social és el mateix que l'Estat democràtic), cosa que ha posat en relleu J. Pérez Royo, quan diu que l'Estat democràtic s'ha de convertir inevitablement en Estat social; a *Curso de Derecho Constitucional*, onzena edició, Madrid, 2007, pàg. 170. Aquesta perspectiva, però, fa perdre caràcter funcional a la clàusula social i això és perquè no li concedeix un contingut constitucional propi.

³⁵ Un exemple paradigmàtic d'aquest tipus de dret social (el dret a l'habitatge) seria la Llei de cases barates promulgada el 12 de juny de 1912, que es dirigia essencialment al foment de l'habitatge social per a les classes treballadores, que eren les que bàsicament les necessitaven; a R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pàg. 175 i seg.

³⁶ Hi ha diferències importants entre la idea de prestació, molt incipient, pròpia de la llei de cases barates, i la que en el seu moment va ser defensada per P. Häberle per exemple al seu treball «Grundrechte im Leistungsstaat», que és una idea de prestació molt evolucionada. Aquesta última continua essent, però, una idea de prestació en sentit essencialment material, no d'exigències individualitzades a prestacions socials en ponderació amb els drets fonamentals de llibertat; a *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1972, Berlín-Nova York, *in totum*.

³⁷ Es tracta, en efecte, d'una comprensió poc dinàmica dels drets socials, que no interacciona els drets reconeguts als articles 39 i seg. de la Constitució amb els drets de llibertat, ni amb altres drets fonamentals socials, per exemple, el dret a l'educació (art. 27 CE), per tal d'extraure'n algunes conclusions quant a la relació necessària entre aquests drets. Tampoc no es matisa en la interpretació de l'article 53.3

Els drets socials neixen vinculats a la idea de prestació dels poders públics, idea que ha estat desenvolupada històricament en principi com a prestacions que realitzava essencialment l'Administració, després com a objectius fixats a la Constitució i finalment com a drets de prestació. Aquests diversos rangs de prestacions han estat acollits a la Constitució espanyola com a propis de l'Estat de prestació, i tot això calia que fos delimitat i matisat per la doctrina i la jurisprudència i, fins i tot, pel legislador, ja que el poder constituent així ho fa.

La tasca de delimitació i concreció s'ha realitzat entenent l'Estat de prestació com un conjunt d'exigències essencialment materials, desenvolupant el concepte de drets de prestació vinculat a l'«estatus positiu» de G. Jellinek,³⁹ que posteriorment ha evolucionat a un «*status activus processualis*» amb un reforçament de la posició del procediment dins aquest Estat de prestació. Aquest enfocament està ancorat, en definitiva, en l'angle de dació de béns materials a l'individu, ja que encara que es digui⁴⁰ que és simplista establir la delimitació entre els drets socials i els de llibertat, pel fet que els socials impliquen l'atorgament de prestacions i els de llibertat comporten una no-actuació dels poders públics,⁴¹ no obstant això no s'estableix una interacció suficient entre ambdós tipus de drets per garantir l'autonomia social i política de l'individu. En efecte, es parteix d'un Estat liberal burgès amb afegitons d'un Estat social però amb primacia permanent del primer, sense una interacció dinàmica entre tots dos. S'oblida, com ha destacat J. Habermas, que els drets són relacions, no coses, i que es defineixen institucionalment per allò que una persona pot fer en la seva relació amb l'altra.⁴²

El Tribunal Constitucional ha posat de manifest en diversos moments la delimitació i la concreció del significat del caràcter prestacional dels drets. Així, en la Sentència 86/1985, de 10 de juny, a propòsit del dret a l'educació, feia èmfasi en la seva «dimensió prestacional, en virtut de la qual els poders públics han de procurar l'efectivitat d'aquest dret» (FJ 3r); també quan es refereix al règim de la Seguretat Social (art. 41 CE) destaca l'alt Tribunal en la Sentència 239/2002, d'11 de desembre, el significat prestacional per a l'individu de l'activitat de la Seguretat Social (FJ 7è); o bé per delimitar nítidament el que no és un dret de prestació amb referència al dret d'associació (art. 22 CE), on el Tribunal Constitucional va establir a la Interlocutòria 162/1995, de 5 de juny, que «no hi ha cap fonament que autoritzi a entendre que el dret d'associació consagrat per l'article 22 de la CE estigui investit ja *ex constitutione* d'una dimensió prestacional, en virtut de la qual les associacions puguin exigir de l'Estat que desenvolupi una certa activitat» (FJ 4).

2. Els drets fonamentals socials al servei de la generació d'unes condicions de vida que garanteixin la llibertat funcional individual

CE respecte al que ha instituït el poder constituent als articles 39 i seg., ja que en uns casos es refereix a principis rectors però en d'altres es plantegen com a drets (dret al medi ambient, a un habitatge digne o a la salut), la qual cosa té uns efectes que encara cal desenvolupar i concretar, malgrat que tots ells (art. 39-52) estiguin vinculats pel que disposa aquest article 53.3.

³⁸ Aquest enfocament correspon en realitat a una interpretació actualitzada de les tesis de Forsthoff, ja que la concreció del dret social depèn del que estableixi el legislador, amb la qual cosa no s'instaura una relació en l'esfera constitucional entre els drets de llibertat i els drets socials, de manera que es dona a aquests un contingut constitucional concret i se'ls situa al servei de la garantia dels drets de llibertat dels individus. En definitiva, al final el dret social depèn de com s'organitzi el servei públic; *vid.* sobre aquesta perspectiva tradicional B. González Moreno, *El Estado social (naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales)*, Madrid, 2002, pàg. 173 i seg. i 228 i seg.

³⁹ G. Jellinek va desenvolupar en el seu moment la teoria dels estatus, diferenciant quatre estatus i ubicant la idea de prestacions en l'«estatus positiu». S'ha de tenir en compte, però, que ell ho feia en el context d'un Estat liberal i no desenvolupa prou el concepte de prestació; *vid.* R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pàg. 82 i seg.

⁴⁰ En profunditat sobre el tema vegeu J. R. Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, 1989, pàg. 178 i seg.

⁴¹ Sembla evident que els drets de llibertat no poden ser garantits a través d'un no fer dels poders públics, sinó que aquests han de dur a terme una activitat de prestació per garantir la majoria dels drets de llibertat acollits a la Constitució espanyola; àmpliament sobre la qüestió *vid.* J. R. Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.* (cita 40), pàg. 185 i seg.

⁴² *Vid.* en profunditat «Paradigmas del derecho», a *Facticidad y validez*, *op. cit.* (cita 9), pàg. 502 i seg.

Determinar unes condicions de vida per a l'individu que li permetin una garantia en l'exercici de la llibertat ofereix dificultats importants. En canvi, sí que sembla nítid que l'exercici de la llibertat individual és una mica diferent de la creació d'unes condicions mínimes materials. La vinculació dels drets fonamentals socials a l'exercici de la llibertat funcional⁴³ no significa que l'individu tingui dret a qualsevol tipus de prestació, sinó a aquelles condicions mínimes que li permetin tenir una vida amb autonomia. L'establiment d'aquestes condicions mínimes en l'esfera constitucional depèn del contingut constitucional que per si mateixa tingui la clàusula de l'Estat social, i especialment de la concreció necessària en el pla constitucional dels drets fonamentals socials.

La Constitució espanyola reconeix drets socials, els quals disposen d'una concreció constitucional diferent, ja que depèn en gran manera d'on estiguin ubicats, encara que no solament d'això, atès que també hi té un paper l'estructura pròpia del dret. Molt breument s'ha de destacar pel que fa al dret al treball (art. 35 CE),⁴⁴ vist des de l'angle d'exigència dels espanyols davant els poders públics, la seva consideració com a garantia institucional, ja que en estar acollit dins la secció 2a del capítol II es troba protegit per l'article 53.1 la CE. Però els poders públics no poden garantir la protecció del seu contingut essencial, ja que manquen d'aquest poder de disposició directa respecte a l'accés al dret a treballar, perquè depèn en gran manera de les lleis del mercat.

Els poders públics sí que poden fomentar la realització d'aquest dret al treball a través d'una política que impedeixi, per exemple, l'acomiadament lliure, o bé realitzar una política orientada a la plena ocupació (art. 40.1 CE),⁴⁵ en aquesta tasca de concreció d'unes condicions mínimes que garanteixin a l'individu l'autonomia privada i política, i que posa de manifest la faceta de garantia funcional de la llibertat d'aquest dret.⁴⁶ També la instauració d'un salari mínim és una garantia d'aquestes condicions d'autonomia de l'individu, i així ho ha entès el Tribunal Constitucional en la Sentència 31/1984, de 7 de març, quan defensa que «un Estat social i democràtic de dret que propugna entre els valors superiors del seu ordenament jurídic la justícia i la igualtat (art. 1.1 CE), i en el qual s'encomana a tots els poders públics promoure les condicions perquè la igualtat de l'individu i dels grups en què s'integren siguin reals i efectives (art. 9.2 CE), ha de complementar aquell sistema de determinació del mínim salarial establint des dels poders als quals correspon la governació uns sostres salarials mínims que, responen a aquells valors de justícia i igualtat, donin efectivitat al mandat constitucional que també conté l'article 35.1» (FJ 9è).

El dret al treball com a accés a treballar no poden garantir-lo els poders públics, ni tan sols per als espanyols, però sí que poden fer-ho en relació amb altres drets socials com el dret a la salut (art. 43.1 CE), el qual està emparat per l'article 53.3 la CE⁴⁷ i, malgrat això, la protecció de la salut està garantida per a tots i cada un dels individus residents al territori nacional,⁴⁸ no només per tant per als espanyols, sinó per a tots els individus. El

⁴³ En aquest sentit G. Pisarello fa una crítica suggeridora quan afirma que de la mateixa manera que els drets socials poden ser considerats com d'igualtat, també poden ser considerats de llibertat; a *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, 2007, pàg. 41 i seg.

⁴⁴ Històricament el dret al treball és l'origen dels drets socials i esdevé la font dels altres drets socials.

⁴⁵ Sobre la qüestió *vid.* R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, *op. cit.* (cita 7), pàg. 138 i seg., i la bibliografia que s'hi cita.

⁴⁶ No només el dret al treball, sinó tots els drets socials són, a més de drets de prestació, alhora de garantia funcional de la llibertat; *vid.* en aquest sentit R. Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo*, Madrid, 1996, pàg. 72 i 73.

⁴⁷ El dret a la salut està protegit per l'article 53.3 la CE i per aquesta raó té un grau de protecció menor que l'ofert per al dret al treball per l'article 53.1 de la Constitució. Malgrat això, com ha destacat E. Borrajo Dacruz, la protecció de la salut té la mateixa efectivitat que els drets fonamentals i llibertats públiques de la secció 1a del capítol II; «Comentario al artículo 43 CE», a *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tom IV, dirigits per O. Alzaga, Madrid, 1996, pàg. 182.

⁴⁸ Sobre el tema en profunditat, i amb una delimitació suggeridora del contingut del dret a la salut, *vid.* E. Borrajo Dacruz, «Comentario al artículo 43 CE», a *Comentarios a la Constitución española de 1978*, *op. cit.* (cita 47), pàg. 181 i seg., i la bibliografia citada a la nota 5 de la pàgina 177.

dret a la salut és un bé jurídic fonamental⁴⁹ que és garantia de la llibertat funcional individual⁵⁰ i té una estreta relació amb el dret a la vida i a la integritat física i moral (art. 15 CE), de tal manera que cal situar la previsió i la protecció davant la malaltia dins de la reserva del possible, i els poders públics les han de garantir com a salvaguarda d'unes condicions de vida mínimes de l'individu.

El dret a l'educació (art. 27 CE), atès que s'ubica dins la secció 1a, capítol II, de la Constitució, és un dret fonamental protegit per l'article 53.1 i 2, la qual cosa significa que pot ser exigít individualment⁵¹ mitjançant un recurs d'empara i el seu contingut essencial ha de ser preservat.⁵² En la societat oberta, que correspon al nostre temps, un ús ple de les possibilitats d'exercici de la llibertat depèn en gran manera de les condicions socials en què hom viu, per la qual cosa cada persona s'ha d'esforçar a aconseguir les millors condicions. No obstant això, la consecució d'aquestes condicions, que garanteixen un exercici real de la llibertat, depenen no només de les prestacions materials garantides, sinó especialment de les facultats i el talent personal, la qual cosa requereix la instrucció educativa per tal d'exercir-los i desenvolupar-los.

Sobre el dret a l'educació, doctrina i jurisprudència han posat l'èmfasi essencialment en la perspectiva del seu caràcter prestacional, deixant en un segon pla el seu angle de garantia funcional de la llibertat,⁵³ quan en realitat ambdós angles s'han de situar en el mateix nivell,⁵⁴ i això de manera molt especial en relació amb aquest dret. En efecte, el dret a l'educació té un potencial únic de garantia funcional de la llibertat, ja que permet, com diu l'article 27.2 la CE, un desenvolupament ple de la personalitat humana i això hauria de proporcionar prou autonomia a l'individu per gaudir realment de la llibertat. En definitiva, des del vessant de la llibertat funcional el dret a l'educació és el pòrtic que possibilita l'accés a l'autonomia privada i política de l'individu.

Des del punt de vista de l'orientació que té aquest treball, adquireix transcendència la consideració com a dret de llibertat que en fa el nou Estatut de Catalunya (Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol) al títol I, capítol I, en instituir el dret a l'educació no solament com a dret social, sinó també en el mateix pla el seu vessant de dret civil, és a dir, com a dret al servei funcional de la llibertat.

El Tribunal Constitucional en la Sentència 86/1985, de 10 de juliol, tot i tenir en compte el vessant de llibertat del dret, accentua i desenvolupa el seu aspecte prestacional, donant una importància menor al seu angle de llibertat funcional: «El dret de tots a l'educació [...] incorpora, així, sens dubte, al costat del seu contingut primari de dret de llibertat, una dimensió prestacional, en virtut de la qual els poders públics hauran de procurar

⁴⁹ Sobre aquesta qüestió vegeu L. Parejo Alfonso, «Constitución, sistema nacional de salud y formas de organización», a *La organización de los servicios públicos sanitarios*, coords. L. Parejo, F. Lobo i M. Vaquer, Madrid-Barcelona, 2001, pàg. 15 i seg.

⁵⁰ S'ha de destacar que el nou Estatut d'autonomia de Catalunya (Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol) considera el dret a la salut en l'encapçalament del títol I, capítol I, com a dret social, però també com a dret civil, és a dir, en el seu vessant de llibertat.

⁵¹ Sobre l'exigència directa per l'individu del dret a l'educació *vid.* A. Fernández-Miranda Campoamor i A. J. Sánchez Navarro, «Comentario al artículo 27 CE», a *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tom III, dirigits per O. Alzaga, Madrid, 1996, pàg. 168 i 169.

⁵² Poc després de promulgar-se la Constitució espanyola J. L. Villar Ezcurra va fer una interpretació sobre l'exigibilitat d'aquest dret en el sentit de considerar que es podia interposar un recurs d'inconstitucionalitat contra tota Llei de pressupostos que no cobrís el dèficit total de places escolars, cosa que fonamentava en el dret subjectiu que té cadascun d'exigir el dret a l'ensenyament; «El derecho a la educación como servicio público», a RAP, núm. 88, 1979, pàg. 206.

⁵³ En aquest sentit, A. Fernández-Miranda Campoamor accentua i desenvolupa el caràcter prestacional del dret a l'educació, i només en un pla molt secundari es refereix al seu àmbit de dret de llibertat; «Comentario al artículo 27 CE», a *Comentarios a la Constitución española...*, *op. cit.* (cita 51), pàg. 171 i 181.

⁵⁴ S. Muñoz Machado destaca, segons la meua opinió de manera encertada, el caràcter civil del dret a l'educació, és a dir, el seu caràcter de dret de llibertat, posant fins i tot aquest angle com a predominant sobre el prestacional; a *Constitución*, Madrid, 2004, pàg. 173.

l'efectivitat d'aquest dret i fer-ho, per als nivells bàsics de l'ensenyament, en les condicions d'obligatorietat i gratuïtat que demana l'apartat 4t d'aquest article 27 de la norma fonamental» (FJ 3r).⁵⁵

El dret fonamental a l'educació té un contingut constitucional delimitat que es troba recollit en els diversos apartats de l'article 27 de la Constitució,⁵⁶ de manera que compta amb un contingut essencial suficient perquè la tasca d'interpretar-lo correspongui primordialment al Tribunal Constitucional, cosa que, d'altra banda, ha dut a terme en diverses sentències.⁵⁷ Sembla clar que el legislador ha efectuat, i continuarà fent-ho, un desenvolupament del dret a l'educació però tenint en compte que és un dret constitucional amb un contingut essencial determinat, raó per la qual la comesa del legislador ha de restar subordinada a aquest pressupost de partida.⁵⁸

IV. El dret a un habitatge digne

1. Configuració constitucional com a dret de llibertat funcional

El dret a un habitatge digne i adequat, reconegut a l'article 47 de la Constitució, s'examina habitualment com a dret de prestació,⁵⁹ és a dir, com a exigència dels espanyols davant els poders públics a un habitatge ja sigui en propietat o de lloguer,⁶⁰ i aquest és un aspecte del dret que és essencial i com a tal ha estat estudiat en profunditat,⁶¹ però no n'és l'únic. Efectivament, la perspectiva al servei de la llibertat del dret a un habitatge, no només d'aquest dret, sinó de tots els drets socials, hi té un paper primordial ja que és garantia de l'autonomia de l'individu.

El dret a l'habitatge té un vessant de salvaguarda funcional de la llibertat, ja que la possessió i el gaudi d'un habitatge permet al ciutadà exercir drets fonamentals de llibertat com ara la intimitat personal i familiar o la

⁵⁵ Amb idèntiques paraules s'ha referit a la qüestió una altra sentència del Tribunal Constitucional, la 236/2007, de 7 de novembre, que s'ocupava essencialment i desenvolupava els diversos vessants prestacionals del dret a l'educació, amb una simple menció al seu vessant de llibertat (FJ 8è).

⁵⁶ Sense pràcticament bibliografia i jurisprudència en el dret espanyol, A. Embid Irujo en un treball pioner, i de mèrit, segons la meua opinió, va realitzar una interpretació del contingut constitucional d'aquest dret tenint en compte l'establert pel poder constituent en aquest article 27; «El contenido del derecho a la educación», a REDA, núm. 31, 1981, pàg. 654 i seg.

⁵⁷ No pot ser objecte d'anàlisi en aquest treball la doctrina tan transcendental establerta per l'alt Tribunal sobre el desenvolupament del contingut del dret a l'educació, ja que això ens allunyaria de les seves pretensions.

⁵⁸ En un sentit diferent es manifesta A. Fernández-Miranda Campoamor, qui considera que el dret a l'educació té una dependència radical del legislador, per la qual cosa, a partir d'aquest pressupost, accentua de manera acusada el vessant de legalitat del dret davant el de constitucionalitat; *El Estado Social*, op. cit. (cita 4), pàg. 162 i 163.

⁵⁹ En aquest sentit, entre d'altres, vid. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984, pàg. 183 i seg.; J. L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, 1988, Madrid, pàg. 95 i seg., i R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, op. cit. (cita 7), pàg. 165 i seg.

⁶⁰ A Espanya amb prou feines s'ha fomentat el lloguer, per la qual cosa el percentatge d'habitatge amb aquesta modalitat és molt exigü, en total un 9%, però el lloguer públic constituïa només un 2% l'any 2003, mentre que l'habitatge en propietat assolía un 81%. En el costat contrari es troba Holanda, amb un 47% de lloguer, del qual el 35% és sector públic, mentre que l'habitatge en propietat és un 53% (són xifres de l'any 2003); font: www.spaviv.es (Societat Pública de Lloguer). Tanmateix, com a conseqüència de la crisi i d'unes polítiques públiques de foment del lloguer més enèrgic la tendència està canviant, de manera que a Catalunya fins al juny del 2008 es van arrendar 39.200 habitatges i només se'n van vendre 36.600. És a dir, s'ha produït un augment substancial de l'habitatge de lloguer, ja que el 2007 suposava un 32%, mentre que a mitjan 2008 ja era un 52%; font: www.elpais.com i la data de consulta és 13/01/2009.

⁶¹ En profunditat sobre l'estudi del dret a l'habitatge, vegeu per tots, en l'última dècada, M. Beltrán de Felipe, *La intervención administrativa en la vivienda; aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Valladolid, 2000; F. Iglesias González, *Administración Pública y Vivienda*, Madrid, 2000; J. Muñoz Castillo, *El derecho a una vivienda digna y adecuada*, Madrid, 2000; M. L. Gómez Jiménez, *La intervención administrativa en la vivienda en España (1938-2005)*, Madrid, 2006, i *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, coordinadors J. Ponce Solé i D. Sibina Tomás, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

inviolabilitat del domicili.⁶² En aquest sentit, la consideració de l'habitatge, com fa el nou Estatut d'autonomia de Catalunya (Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol) en el títol I, capítol I, com un dret que afecta l'àmbit civil i social⁶³ per a aquelles persones que no disposen de recursos suficients per accedir a un habitatge digne (art. 26), fa referència al vessant civil, és a dir, de dret de llibertat que posseeix aquest dret, la qual cosa és una fita ja que es destaca en una norma com un estatut d'autonomia el vessant de dret de llibertat que té el dret a l'habitatge, el qual habitualment s'havia considerat només pel que fa al vessant de prestació.

D'altra banda, la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge de Catalunya, assenyala en el preàmbul (II) la connexió entre el dret a un habitatge digne i «altres drets constitucionals que no són possibles sense el primer». Encara que el concepte de drets constitucionals que s'hi fa servir és molt ampli i també bastant ambigu,⁶⁴ inclou en qualsevol cas els drets fonamentals, entre ells, per tant, la intimitat personal i familiar i la inviolabilitat del domicili.⁶⁵

El dret d'accés a l'habitatge es dirigeix essencialment a aquells individus que dins de les lleis del mercat no disposen de suficients mitjans econòmics per obtenir-ne un, ja sigui de lloguer o compra. Es tracta, per tant, d'un dret que se satisfà per mitjà d'un tipus d'habitatge, al social i/o de protecció pública, i que té com a destinataris estrats de població amb poca capacitat adquisitiva. A aquesta percepció d'accés a l'habitatge es refereix l'article 47⁶⁶ de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, quan com a principi rector (títol I, capítol V) decreta que els poders públics han de generar habitatge protegit especialment per als joves i els col·lectius més necessitats, ja que són aquests els que necessiten més peremptòriament el dret d'accés a l'habitatge per poder gaudir funcionalment dels drets de llibertat.

La relació entre els vessants de prestació i llibertat que tenen els drets socials és inherent a tots ells i només des d'aquesta perspectiva adquireixen eficàcia plena, com a mitjà de garantia de l'autonomia de l'individu. Tanmateix, cadascun té la seva pròpia morfologia i contingut,⁶⁷ de tal manera que en el cas del dret a l'habitatge l'estreta relació entre el doble vessant de prestació i llibertat resulta molt acusada, especialment quan es fa referència als col·lectius més necessitats. Per això, en aquest cas concret, es farà una breu al·lusió als límits constitucionals d'aquest dret.

⁶² El dret a l'habitatge en la seva perspectiva de prestació és un dret «existencial», ja que és un requisit necessari i imprescindible per gaudir de diversos drets de llibertat, la qual cosa posa en relleu nítidament el seu caràcter de dret al servei de la llibertat. Aquest enfocament, el vaig posar de manifest a la meua tesi doctoral («El derecho a una vivienda y su configuración en el contexto de los derechos fundamentales sociales y del Estado de derecho»), en la qual s'estudia la inviolabilitat del domicili i el dret a un habitatge com a recíprocament dependents, darrere dels quals hi ha la necessitat d'acomodació de l'Estat de dret i l'Estat social amb el mateix valor constitucional per a ambdós principis; el Servei de publicacions de la Universitat de Salamanca va publicar un resum de la tesi, sota el títol enunciat, el 1981.

⁶³ Que el nou Estatut d'autonomia català posa de manifest tots dos vessants ho destaca M. Bassols Coma, «Estudio introductorio: la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña», a *El derecho de la vivienda en el siglo XXI...*, coordinadors J. Ponce Solé i D. Sibina Tomás, *op. cit.* (cita 61), pàg. 22.

⁶⁴ Què són drets constitucionals, tots els inclosos a la Constitució espanyola? Si és així, se'ls està donant a tots el títol de drets, per bé que alguns d'ells no són drets en sentit estricto, sinó que tenen una altra categoria.

⁶⁵ El Tribunal Europeu de Drets Humans, el Tribunal Constitucional espanyol i altres tribunals espanyols ja han establert una connexió entre la contaminació acústica (soroll), que és un dret mediambiental (art. 45 CE), i la inviolabilitat del domicili, cosa que ha estat àmpliament comentada per la doctrina; sobre el tema *vid.* R. García Macho, «El principio rector medio ambiente y la protección del ciudadano frente a los ruidos», a *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, homenatge al prof. R. Martín Mateo, coordinador F. Sosa Wagner, València, 2000, pàg. 3550 i seg., i la bibliografia que s'hi cita.

⁶⁶ Aquest precepte diu: «Els poders públics han de facilitar l'accés a l'habitatge mitjançant la generació de sòl i la promoció d'habitatge públic i d'habitatge protegit, amb especial atenció als joves i els col·lectius més necessitats».

⁶⁷ Ni la morfologia ni el contingut del dret a l'habitatge són els mateixos que els del dret a l'educació o bé el dret a la salut.

2. Límits constitucionals del dret a l'habitatge: la seva efectivitat sota la premissa de la reserva del possible i al servei de la llibertat

Els poders públics han de dur a terme una tasca intensiva de foment de l'habitatge, ja que és un dret existencial que constitueix un mínim perquè cada espanyol⁶⁸ pugui accedir al gaudi dels drets de llibertat. Des d'aquesta perspectiva, és a dir que els drets socials estan al servei de la llibertat, el seu grau d'exigibilitat es podria matisar i fins i tot ampliar, ja que —i en relació concretament amb el dret a un habitatge— el seu contingut no estaria determinat només per la prestació per part dels poders públics del bé material, és a dir, l'accés a un habitatge de lloguer o propietat, sinó si a més possibilita l'exercici de la llibertat,⁶⁹ per tant, d'un gaudi en termes d'igualtat d'oportunitats dels drets de llibertat.⁷⁰

La Constitució espanyola reconeix com a dret fonamental el dret a l'educació i, en l'àmbit dels principis rectors (art. 39-52), el poder constituent, en tres casos⁷¹ —salut, medi ambient i habitatge— els esmenta com a drets. Entre aquests drets socials esmentats s'ha d'establir una connexió amb un objectiu essencial: posar-se al servei de la llibertat, és a dir, facilitar l'autonomia privada i política de l'individu. Aquesta perspectiva, acollida i reconeguda per l'opinió pública i amb un consens social i polític, pot facilitar una interpretació àmplia de l'article 53.3 de la Constitució espanyola. També en aquest sentit s'ha de tenir en compte que l'Estat delineat a la Constitució espanyola no és un Estat liberal, amb afegitons d'un Estat democràtic en sentit formal i un Estat social, sinó que els tres principis constitucionals es troben acollits amb el mateix nivell a la Constitució, i és des d'aquesta perspectiva que s'ha d'interpretar el títol I de la Constitució.

Fins i tot tenint en compte aquesta perspectiva i les possibilitats d'interpretació que ofereix l'article 53.3 la CE, el dret a un habitatge digne té uns límits quant a la seva exigibilitat establerts per aquest precepte, a més dels límits econòmics vinculats a la capacitat tributària de què disposa l'Estat, que no és il·limitada.

Pel que fa a l'exigibilitat del dret a l'habitatge, no solament cal plantejar-la des del punt de vista judicial, ja que des d'aquest angle la qüestió apareix nítida en el paràgraf 3r de l'article 53 quan diu que «només pot ser al·legat davant la jurisdicció ordinària segons el que disposin les lleis que el despleguin».⁷² Algunes lleis en el dret espanyol⁷³ hauria de reconèixer el dret a interposar un recurs davant els tribunals contenciosos administratius

⁶⁸ A l'article 47 de la Constitució espanyola es reconeix aquest dret només als espanyols. Però l'Estatut d'autonomia de Catalunya, per exemple, amplia la prestació d'aquests drets a totes les persones que no disposen de recursos suficients (art. 26 de l'Estatut).

⁶⁹ Possiblement l'obtenció d'un habitatge en una zona marginal no permetrà a l'individu i/o la família un desenvolupament personal digne, a causa, per exemple, de la manca d'un sistema educatiu adequat, inseguretat personal, etc.

⁷⁰ Vegeu en aquest sentit J. Habermas, «Reconstrucción interna del derecho (I): el sistema de los derechos», a *Facticidad y validez*, op. cit. (cita 9), pàg. 188 i seg.

⁷¹ Quan es refereix al dret a la protecció de la salut (art. 43), al dret a un medi ambient adequat (art. 45) i al dret a un habitatge digne i adequat (art. 47).

⁷² En el dret francès es reconeix el dret a l'habitatge i es pot plantejar un recurs davant els tribunals contenciosos, una vegada denegat el recurs administratiu (art. 1 llei), per obtenir-lo a partir de l'1 de desembre de 2008, sobre la base de la Llei núm. 2007/290, de 5 de març, del dret a l'habitatge, reconeixent el dret a un habitatge adequat i independent a tota persona que resideixi en territori francès (art. 1). Tanmateix, fins i tot amb el reconeixement del dret davant els tribunals ordinaris en la pràctica la qüestió és més complexa, ja que segons una fundació, l'Abbé Pierre, de 600.000 persones que tindrien el dret a exigir un habitatge, només disposarien els ens locals francesos de 60.000 habitatges. D'altra banda, una comissió de mediació que des del juny s'encarrega de la resolució pràctica de la qüestió fins a finals d'octubre va rebre 50.600 sol·licituds, de les quals 13.000 es van considerar prioritàries, però només haurien obtingut un habitatge 3.500 peticionaris; font: Spiegel online, 1 de desembre de 2008.

⁷³ Fins a la data no hi ha cap llei, ni estatal ni autonòmica, que jo sàpiga, que reconegui el dret de tota persona per interposar un recurs davant la jurisdicció contenciosa administrativa per exigir el dret a un habitatge.

exigint un habitatge,⁷⁴ i encara en aquest cas ja es perceben les dificultats per obtenir-ne un al país veí, fins i tot amb un procediment estatut legalment per obtenir un habitatge. De qualsevol manera, és evident que França ha avançat en relació amb els altres països europeus en el reconeixement del dret a l'habitatge.

Hi ha possibilitats d'interpretació favorable a la consecució del dret a l'habitatge —i dels altres també (salut i medi ambient sobretot)— a la primera part d'aquest paràgraf 3r de l'article 53, quan es refereix al reconeixement, el respecte i la protecció que han de dispensar a aquest dret tant la legislació positiva⁷⁵ i la pràctica judicial com els poders públics. El legislador estatal i/o autonòmic podria arribar fins i tot a reconèixer un dret subjectiu a obtenir un habitatge a tota persona, amb possibilitat de recurs davant la jurisdicció contenciosa administrativa, seguint el model francès. Però fins i tot en aquestes circumstàncies hi hauria límits a l'exercici del dret, ja que difícilment hi hauria habitatges per a tothom, per la qual cosa el procediment seria el que ho determinaria. En aquest context, i com a mitjà de ponderació, es podria tenir en compte un mínim social vinculat a una reserva del possible, amb una finalitat de garantia de la llibertat individual.

En relació amb la reserva del possible i l'article 53.3 s'ha d'esmentar breument la qüestió de la irreversibilitat de les conquestes assolides, la qual cosa planteja dificultats per a la seva defensa. En efecte, hi ha uns límits econòmics en la satisfacció dels drets socials⁷⁶ que, a més, es posen encara més de manifest en èpoques de crisi,⁷⁷ i això fa que sigui difícil poder compaginar-ho amb la irreversibilitat de les conquestes assolides.⁷⁸ Amb tot, alguna doctrina s'ha manifestat a favor d'aquesta irreversibilitat,⁷⁹ i de manera molt limitada també ho ha fet alguna sentència del Tribunal Constitucional, com la 81/1982, de 21 de desembre,⁸⁰ que manté que «s'ha d'entendre que no es pot privar el treballador sense raó suficient per a això de les conquestes socials aconseguides» (FJ 3r). Tot i això, l'alt Tribunal diu que en efecte aquestes conquestes s'han de mantenir, llevat que existeixin raons suficients per no fer-ho, i possiblement una crisi econòmica, depenent evidentment de la seva intensitat, podria ser-ho. La irreversibilitat de les conquestes obtingudes és defensable, si així ho estableix la Constitució,⁸¹ com passa en relació amb el dret a l'educació.

⁷⁴ Respecte al fet d'entendre el dret a l'habitatge com a dret subjectiu que ha plantejat J. Ponce Solé, però només en relació amb les obligacions jurídiques de mitjans, no de resultats, voldria fer alguna consideració, a la qual cosa em porta l'interès que suscita la seva tesi i la seva lloable pretensió d'ampliar el contingut del dret a l'habitatge. En primer lloc, aquesta dicotomia entre mitjans i resultats no sembla acceptable des d'un punt de vista dogmàtic del que s'entén pel concepte i l'estructura dels drets subjectius, tenint en compte que un dret subjectiu és una exigència que té un individu davant d'una altra persona i/o l'Administració per imposar-li un deure o una obligació (E. García de Enterría). En el cas de l'habitatge l'individu i/o ciutadà no té un dret a exigir-lo davant els poders públics, al contrari del que succeeix en el dret francès, la qual cosa no significa, però, que s'obtingui un habitatge, sinó que s'entra en un procediment en el qual es podrà satisfer aquest dret o no. És cert que respecte als drets subjectius existeix una morfologia molt diversa, com ha destacat R. Alexy, i en això s'empara J. Ponce Solé, però en qualsevol cas hi ha dos moments connexos en els drets subjectius: un de contingut, que correspon a l'ús, avantatge o guany que el dret garantirà a l'individu, i un altre de forma, és a dir, el recurs de què es disposa davant la jurisdicció. En el cas del dret subjectiu respecte a les obligacions jurídiques de mitjans no es donen aquells dos moments vinculats; «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo...», a *El derecho a la vivienda en el siglo XXI...*, op. cit. (cita 61), pàg. 80 i seg.

⁷⁵ Respecte a la tasca del legislador per fer efectiu el dret a l'habitatge, vid. R. García Macho, «Vivienda», a *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, dir. J. M. Baño León, Navarra, 2007, pàg. 737 i seg.

⁷⁶ En aquest sentit vid. R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, op. cit. (cita 7), pàg. 143 i seg.

⁷⁷ Sobre la qüestió vegeu L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración Pública*, op. cit. (cita 7), pàg. 54.

⁷⁸ S. Muñoz Machado diu que és absurd pretendre vincular l'Estat a mantenir unes prestacions que la crisi econòmica no permet; «La crisis del Estado de bienestar y la cuestión de la reversibilidad de los derechos sociales: el caso de los minusválidos», a *La integración social de los minusválidos: balance después de diez años de vigencia de la Ley*, dir. S. Muñoz Machado, Madrid, 1993, pàg. 29.

⁷⁹ En aquest sentit, per tots vid. V. Abramovich i Ch. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002, pàg. 92 i seg., i J. Hernández García, a *Derecho y Vivienda*, dir. M. P. Ledesma Ibáñez, Madrid, 2006, pàg. 21.

⁸⁰ També es manifesta així la STC 37/1994, de 10 de febrer, en el FJ 3r; M. Carrillo manté que els tribunals constitucionals han negat la congelació dels drets socials; «La eficacia de los derechos sociales», a *Jueces para la Democracia*, núm. 36, 1999, pàg. 71.

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

Pel que fa a altres drets socials, caldria estudiar-ho casuísticament, ja que cada dret social té la seva pròpia morfologia però hi ha un mínim social que ha de ser defensat i situar-lo sota la reserva del possible. Respecte al dret a l'habitatge, el legislador s'ha de preocupar del foment de la solidaritat encara que vist des d'una perspectiva de la protecció individual i al servei de la llibertat.