



JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- I. LA SENTENCIA DE AMPARO CONSTITUCIONAL.
S'Agaró, 1995.
- II. LA SENTENCIA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.
Sanlúcar de Barrameda, 1996.
- III. LA SENTENCIA EN LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DE COMPETENCIA.
Cambados, 1997.
- IV. LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL.
Arrecife de Lanzarote, 1998.
- V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
Santander, 1999.
- VI. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA.
Pamplona, 2000.
- VII. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DE EXPRESIÓN.
Benicàssim, 2001.
- VIII. EL DERECHO A LA VIDA.
Granada, 2002.
- IX. EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN.
Oviedo, 2003.
- X. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.
Zaragoza, 2004.
- XI. EL ESTADO AUTONÓMICO.
Palma de Mallorca, 2005.
- XII. EL FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.
Santo Domingo de la Calzada, 2006.
- XIII. ESTADO Y RELIGIÓN EN LA EUROPA DEL SIGLO XXI.
León, 2007.
- XIV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: ¿HACIA UN NUEVO PACTO CONSTITUYENTE?
Bilbao, 2008.
- XV. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL.
Toledo, 2009.
- XVI. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA.
Murcia, 2010.
- XVII. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.
Cádiz, 2011.
- XVIII. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES.
Madrid, 2012.
- XIX. CRISIS Y CONSTITUCIÓN.
El Burgo de Osma, 2013.
- XX. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN UN NUEVO ENTORNO TECNOLÓGICO.
Cáceres, 2014.
- XXI. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DIVERSIDAD CULTURAL.
Cuenca, 2015.
- XXII. LA NUEVA PERSPECTIVA DE LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES.
Vitoria, 2016.
- XXIII. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
Úbeda, 2017.
- XXIV. EL ARTÍCULO 155 DE LA CONSTITUCIÓN.
Santander, 2018.
- XXV. CUATRO DÉCADAS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LOS RETOS.
Córdoba, 2019.

XXV Jornadas
de la Asociación de Letrados
del Tribunal Constitucional

Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
| CENTRO DE | ESTUDIOS | POLÍTICOS Y | CONSTITUCIONALES |
MADRID, 2020

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Raquel García Guijarro
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Julia Ortega Bernardo
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Antonio Torres del Moral
Josep Maria Vallès i Casadevall

Catálogo de publicaciones de la AGE:

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

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

De esta edición, 2020:

© ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Domenico Scarlatti, 6
28003 Madrid
<http://www.tribunalconstitucional.es>

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
Twitter: @cepcgob

NIPO: 044-19-000-0

ISBN: 978-84-259-1850-6

Depósito Legal: M-00000-2020

Realización: Imprenta ROAL
Gamonal, 5 - 28031 Madrid

Impreso en España - *Printed in Spain*

■ Índice

	<u>Págs.</u>
Prefacio	9

Primera parte

ESTUDIOS

A. Derechos sustantivos	13
<i>por JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS (catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid).</i>	
B. El derecho a la igualdad y los derechos sociales	135
<i>por ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA (profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá).</i>	
C. La construcción del Estado autonómico	189
<i>por JOAQUÍN TORNOS MAS (catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona).</i>	
D. La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones europeas. En busca del equilibrio	247
<i>por MARIAN AHUMADA RUIZ (profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid).</i>	

Segunda parte

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A. Crónica de doctrina constitucional en materia competencial 2018-2019	277
<i>por PEDRO IBÁÑEZ BUIL.</i>	
B. Crónica del control de constitucionalidad en asuntos no competenciales	389
<i>por MARTA SOUTO GALVÁN.</i>	
C. Jurisprudencia correspondiente a los derechos fundamentales de carácter sustantivos	461
<i>por MARCIAL VIÑOLY PALOP.</i>	
D. Crónica de jurisprudencia constitucional sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías <i>ex</i> artículo 24 CE	525
<i>por ELEUTERIO GONZÁLEZ CAMPO.</i>	

Primera parte

■ ESTUDIOS

B

■ El derecho a la igualdad y los derechos sociales

ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA

Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá

S U M A R I O

1. Introducción.

PRIMERA PARTE: DERECHO A LA IGUALDAD

2. Evolución del concepto jurídico de igualdad.

3. La igualdad en la ley y la prohibición de discriminación.

- 3.1. Test para decidir cuándo se produce una discriminación.
- 3.2. Los motivos específicos de discriminación y la distribución de la carga de la prueba.
- 3.3. Otros motivos de discriminación especialmente prohibidos.
- 3.4. Retos actuales en materia de igualdad.
 - 3.4.1. Sobre la discriminación por razón de sexo o género.
 - 3.4.2. Sobre la discriminación por razón de raza o etnia.
 - 3.4.3. Sobre la discriminación por razón de nacionalidad.

SEGUNDA PARTE: LOS DERECHOS SOCIALES

4. La eficacia jurídica de los derechos sociales.

5. Los derechos sociales en el TEDH.

6. Los derechos sociales en la Constitución española.

7. Protección de los derechos sociales por el TC: algunos temas generales polémicos.
 - 7.1. Los límites materiales del Decreto-ley.
 - 7.2. El valor normativo de los Principios Rectores de la Política Social y Económica.
8. El derecho a la protección de la salud.
 - 8.1. Conexión con el derecho a la integridad física (art. 15 CE).
 - 8.2. Conexión con el derecho a la intimidad y con la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE).
 - 8.3. Titulares del derecho a la protección de la salud.
 - 8.4. Conflictos competenciales.
9. El derecho a una vivienda digna y adecuada.
 - 9.1. Configuración.
 - 9.2. Derecho a la vivienda y desalojos forzosos: Dos casos polémicos.
 - 9.3. Conflictos competenciales.
10. Conclusiones.

1. Introducción

En el marco de las XXV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, dedicadas a estudiar «Cuatro décadas de jurisprudencia Constitucional: Los retos», los organizadores me han encargado analizar el tema que figura como título del presente trabajo. Es imposible analizar en unas pocas páginas toda la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la igualdad y los derechos sociales de estos cuarenta años. Por ello, me he detenido fundamentalmente en algunos de los retos que están planteados en la actualidad sobre estas materias. Considero que son retos aquellos temas que han sido objeto de polémica, bien porque hay discrepancias entre el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y otros tribunales y órganos internacionales de garantía de los derechos humanos, bien porque ha habido disensiones en el seno del mismo TC. Trataré de poner de manifiesto esas contradicciones y de añadir algunas reflexiones sobre cómo podrían resolverse, de forma que nuestro Tribunal se sitúe —como, en buena medida, ya está situado— en la vanguardia de la protección de los derechos fundamentales. Tratándose de un estudio jurisprudencial, no me detendré especialmente en los enfoques de los/las juristas teóricos/as, aunque, en ocasiones, se hará referencia a las principales aportaciones doctrinales sobre los temas estudiados.

Con relación al derecho a la igualdad, después de algunas breves reflexiones sobre el significado de este derecho en la historia y en la Constitución española, me centraré en la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad en la ley y la prohibición de discriminación, materias que despiertan gran interés y son objeto de polémica en la actualidad, dejando de lado otras cuestiones como la igualdad en la aplicación de

la ley y la igualdad material, sobre las que entiendo que, hoy por hoy, hay menores discrepancias. De esta forma, analizo algunos casos en que se han admitido nuevos motivos específicos de discriminación no inicialmente previstos en el art. 14 CE (edad, enfermedad y orientación e identidad sexual) y otros casos sobre motivos de discriminación clásicos en los que hay discrepancias entre el TC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sexo o género y raza o etnia, a los que he añadido la polémica sobre la posible discriminación por razón de nacionalidad).

Con relación a los derechos sociales, lo primero que hay que poner de manifiesto es que, tanto en la Constitución española como en los principales tratados internacionales de derechos humanos, aquéllos tienen una eficacia jurídica muy inferior a la que disfrutaban los derechos civiles y políticos. En la Constitución española los únicos derechos sociales que son protegibles en amparo son el derecho a la educación (art. 27) y la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28). Además, la mayor parte de los derechos sociales de prestación están reconocidos en el Capítulo III del Título I (*Principios Rectores de la Política Social y Económica*) y tienen su eficacia jurídica limitada por el art. 53.3 CE. En un trabajo sobre los retos actuales de la jurisprudencia constitucional tiene mayor interés centrarse en estos derechos sociales no protegibles en amparo y eso es lo que pretenden estas páginas.

En general, puede decirse que, por las razones apuntadas, la jurisprudencia del TC sobre derechos sociales de prestación no ha sido tradicionalmente muy abundante. Por una parte, esta jurisprudencia se encuentra en otros procedimientos distintos del recurso de amparo (control de constitucionalidad de las leyes y conflictos competenciales). Pero también es muy interesante la denominada *protección indirecta* de los derechos sociales que el TC ha prestado a través del recurso de amparo, ampliando el contenido de los derechos civiles y políticos que sí son protegibles mediante este procedimiento. En este punto, el TC ha seguido la estela iniciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), aunque éste ha avanzado bastante más en la senda de la protección de los derechos sociales. Particularmente, a partir de la crisis económica y financiera que comenzó en 2008, la jurisprudencia del TC ha sido muy prudente y limitada en esta materia y, en algunos casos, regresiva con relación a los estándares consagrados con anterioridad. En buena medida, también la jurisprudencia del TEDH ha sido más restrictiva en los últimos años, si se compara con los logros anteriores.

En este trabajo, haré referencia a la protección indirecta de los derechos sociales realizada por el TC, focalizando la atención en algunos temas concretos que han sido especialmente polémicos. Por una parte, se analizarán dos temas generales: La doctrina sobre los límites materiales del Decreto-Ley aplicada a los derechos sociales y el valor normativo de los Principios Rectores de la Política Social y Económica. Y, por otra parte, se estudiará la jurisprudencia sobre dos derechos sociales de prestación: El derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Se podrían haber estudiado otros derechos, como el derecho al trabajo y los derechos laborales, la seguridad social, el medio ambiente, etc. Pero la extensión razonable de un trabajo de estas características aconsejaba limitar el objeto de estudio. Además, si bien tradicionalmente no existía un volumen excesivo de jurisprudencia sobre derechos sociales, en los últimos años, como consecuencia de los denominados «recortes» en la legislación social, este volumen ha aumentado considerablemente y se han planteado numerosas cuestiones polémicas de gran interés. De ellas trataré de dar cuenta en estas páginas.

PRIMERA PARTE: EL DERECHO A LA IGUALDAD

El art. 14 de la Constitución española (en adelante, CE) reconoce la igualdad como un derecho fundamental con la máxima protección constitucional, que incluye el recurso de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional. Precisamente en este último procedimiento sigue siendo uno de los derechos más alegados por los recurrentes (según la Memoria del Tribunal Constitucional de 2018, un 14,57 por ciento de las demandas de amparo presentadas ese año alegaban vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE). Del mismo modo, son numerosísimas las sentencias que, estimando o desestimando los recursos de amparo, han argumentado en torno al derecho a la igualdad.

La igualdad, como concepto jurídico, ha sido objeto de un ingente número de obras¹, pero aún hoy sigue siendo muy complejo de definir

¹ A modo de ejemplo, se pueden citar dos clásicos: LEIBHOLZ, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, C. H. Beck, Munich-Berlín, 1959 (primera edición, 1925), y PALADIN, L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milán, 1965. Entre nosotros, también: VALCÁRCEL, A. (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

y de utilizar como un criterio de resolución de conflictos, que es lo que pretende el Derecho.

La igualdad aparece consagrada en la Constitución española con el triple carácter de valor, de principio y de derecho fundamental. En efecto, el art. 1 CE enuncia la igualdad entre los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. El art. 14 CE consagra el principio general de que «Los españoles son iguales ante la ley» y el art. 9.2 CE establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad sea «real y efectiva». Y, finalmente, el art. 14 CE garantiza el derecho a no ser discriminado/a por los motivos que expresamente se enumeran. Además, en varios preceptos constitucionales se refuerzan otros derechos con la obligación de que sean garantizados en condiciones de igualdad y no discriminación (arts. 23.2, 35.1, 39.2...). En cuarenta años de jurisprudencia, el TC ha ido sentando una extensa e importante doctrina contra las discriminaciones normativas y contra las discriminaciones de hecho².

2. Evolución del concepto jurídico de igualdad

A partir de su formulación inicial en las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, el concepto jurídico de igualdad se ha ido enriqueciendo con nuevos contenidos y todos ellos son utilizados habitualmente en la jurisprudencia del TC, como también en la de otros tribunales nacionales e internacionales. La inicial *igualdad formal* o *igualdad ante la ley*, propia de las Revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se enfrentaba a la existencia de unas leyes que no obligaban a todos, sino solo a los estamentos más

² Sobre esta jurisprudencia, pueden verse, entre otros trabajos, RUBIO LORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 31, 1991; SUAY RINCÓN, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991; BILBAO UBILLOS, J. M., y REY MARTÍNEZ, F., «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española», en CARBONELL, M., *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 106; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010, y RODRÍGUEZ RUIZ, B., *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. Un recorrido jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 73-152, y REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Navarra, 2019.

bajos de la sociedad, mientras que nobleza y clero estaban exentos de ciertas obligaciones tributarias o eran inmunes a ciertas leyes penales³. Posteriormente, se añadió la *igualdad en la aplicación de la ley*⁴. Ya no se trataba solo de que la ley fuera general para todos, sino de que su aplicación debía hacerse sin excepciones, sin consideraciones personales⁵.

La aprobación de las Enmiendas XIII a XV de la Constitución federal de EE.UU. en 1870 supuso la introducción de cláusulas específicas de no discriminación por razón de raza o servidumbre. La consecuencia más relevante es que estas cláusulas constitucionales se convirtieron en un límite a la potestad legislativa de los Estados y de la Federación. Ello obligó a formular la igualdad como un requisito de la propia ley y se habló, entonces, de *igualdad en la ley* o igualdad como exigencia frente al legislador.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la igualdad se consagra como un derecho fundamental también en la Ley Fundamental de Bonn (art. 1.3) y en otras Constituciones europeas, como la española de 1978. La consecuencia es que los tribunales constitucionales pueden controlar si las leyes respetan el derecho a la igualdad y que la igualdad se convierte en un derecho fundamental.

En el siglo xx se produce en Europa un cambio en la concepción clásica del principio de igualdad. Este cambio viene representado por la contraposición entre los conceptos de *igualdad formal* e *igualdad material*. Hermann Heller distingue entre un principio de igualdad formal, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquella en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos⁶. Dentro de la tradición liberal,

³ LEIBHOLZ, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, *ob. cit.*, p. 16. *Vid.* también, LAPORTA, F. J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema*, n.º 67 (1985), p. 6, y CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 84, pp. 266-267, 1994.

⁴ *Vid.* GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid, Dykinson, 2009.

⁵ Aunque la igualdad en la aplicación de la ley no sería más que conformidad con la norma, como ya puso de manifiesto Kelsen. *Vid.* KELSEN, H., «Justicia y Derecho natural», en KELSEN, H.; BOBBIO, N., y otros, *Crítica del Derecho natural*, Introducción y traducción de E. DÍAZ, Madrid, Taurus, 1966, p. 90.

⁶ HELLER, H., «Las ideas socialistas», en el volumen seleccionado y prologado por A. LÓPEZ PINA, *Escritos Políticos*, Alianza, Madrid, p. 322, 1985 (primera edición, 1930).

la primera Constitución que recoge esta idea de igualdad en sentido material es la Constitución italiana de 1947, en el apartado segundo de su art. 37. Nuestra Constitución española de 1978 recoge la misma idea en su art. 9.2⁸.

En el Derecho estadounidense se introducen nuevos conceptos del llamado *Derecho antidiscriminatorio*⁹ a partir de las revueltas de las personas afrodescendientes en los años sesenta del pasado siglo. Los conceptos utilizados son *igualdad de trato* e *igualdad de oportunidades*, que podemos considerar, en esencia, y a pesar de determinados matices en los que no puedo profundizar aquí, equivalentes a *igualdad formal* e *igualdad material*.

También es una creación del Derecho estadounidense, en concreto de sus tribunales, la elaboración de variantes conceptuales de la discriminación, como son las denominadas entre nosotros *discriminación directa* o intencional y *discriminación indirecta*¹⁰, que han tenido una gran influencia posterior. La discriminación directa es la prevista en una norma o medida que contiene expresamente un trato diferenciado y desfavorable para ciertos colectivos carente de justificación, por ejemplo, una norma que prohibiera a las mujeres pilotar aviones. La discriminación indirecta, en cambio, no está enunciada de manera expresa en la norma o medida, que aparentemente es neutral, pero se produce como consecuencia necesaria de la aplicación de la misma. Detectar este tipo de discriminaciones suele exigir el conocimiento de datos estadísticos para analizar las consecuencias prácticas de la aplicación de una norma aparentemente neutral.

⁷ El art. 3 de la Constitución italiana establece: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

⁸ Sobre el art. 9.2 CE, pueden verse mis trabajos: «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *loc. cit.* y «Art. 9.2», en PÉREZ TREMPES, P., y SÁIZ ARNÁIZ, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española. Libro Homenaje a Luis López Guerra*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁹ Sobre el Derecho antidiscriminatorio estadounidense, puede verse BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, pp. 33 y ss, 1997.

¹⁰ Los conceptos acuñados en la jurisprudencia norteamericana son: *disparate treatment* y *disparate impact*.

Ahora bien, el núcleo más importante del Derecho antidiscriminatorio se suele identificar con la denominada acción positiva (*affirmative action policy*), creación, en su origen, del Ejecutivo estadounidense. Se suelen citar, como algunas de sus primeras manifestaciones, diversas órdenes ejecutivas (*executive orders*) que imponían a las empresas en las que las mujeres y las minorías raciales estuvieran infrarrepresentadas la obligación de diseñar un plan de objetivos y plazos en el que se indicase el número de trabajadores/as pertenecientes a tales grupos que serían empleados/as, con la especificación de puestos y fechas. En suma, la acción positiva es un instrumento para conseguir la igualdad material o la igualdad de oportunidades.

Estos conceptos son utilizados también por el Derecho de la Unión Europea. Es posible observar cómo el Derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea comienza desarrollándose en el ámbito económico y del empleo y estableciendo la prohibición de discriminación por razón de «sexo» para extenderse más tarde a otros ámbitos y comprender la prohibición de otras causas de discriminación. Ya en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas podemos encontrar preceptos que establecen la prohibición de discriminación. En concreto, el art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 solo contenía una prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo, pero sirvió para propiciar una buena parte de la legislación y la jurisprudencia comunitarias sobre la igualdad entre mujeres y hombres. Varias Directivas y un ingente número de sentencias del Tribunal de Justicia han ido desarrollando nuevos contenidos del derecho a la igualdad en el ámbito de la Unión Europea¹¹.

¹¹ Es imposible dar cuenta aquí de toda esta normativa, complementada por la jurisprudencia del TJUE. Sobre el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, *vid.*, por ejemplo, BELL, M., *Antidiscrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, 2002. Sobre la igualdad de género en la Unión Europea, puede verse: RODRÍGUEZ MANZANO, I., «El régimen de promoción de la igualdad de género en la Unión Europea: Secuencias del cambio», y GILES CARNERO, R. M., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva», ambos trabajos en MORA RUIZ, M. (dir.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona, 2010. También mi trabajo: «El Derecho antidiscriminatorio de género de la Unión Europea», en CARMONA CUENCA, E., y GARRIDO GÓMEZ, I. (coords.), *Diversidad de Género e Igualdad de Derechos. Manual para una Asignatura Interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (2.ª edición).

3. La igualdad en la ley y la prohibición de discriminación

De los distintos contenidos del derecho a la igualdad, en este trabajo me centraré en la igualdad como límite frente al legislador y la lucha contra las discriminaciones, núcleo esencial de la jurisprudencia del TC sobre el art. 14 CE.

3.1. TEST PARA DECIDIR CUÁNDO SE PRODUCE UNA DISCRIMINACIÓN

El TC, a la hora de determinar cómo vincula la igualdad al legislador, ha aplicado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), establecida desde la Sentencia de 23 de julio de 1968 (el denominado *Caso Lingüístico Belga*)¹². Esta doctrina está firmemente establecida en la jurisprudencia del TC sobre el art. 14 CE, en base a los siguientes parámetros:

El derecho a la igualdad del art. 14 CE vincula a todos los poderes públicos, incluido el legislador.

Para poder apreciar vulneración del derecho a la igualdad en la ley del art. 14 CE, debe constatar, en primer lugar, que existe una diferencia de trato entre dos supuestos de hecho similares.

Corresponde a quien invoque la discriminación «la aportación de un término de comparación adecuado y suficiente que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le han dispensado un trato diferente sin justificación» (STC 261/1988, de 22 de diciembre, FJ 3).

No toda desigualdad de trato constituye discriminación. La igualdad es solo violada si la diferencia de trato «está desprovista de una justificación objetiva y razonable» (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3).

«La existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»¹³ (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3).

¹² Vid. CARMONA CUENCA, E., «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 y Protocolo, n.º 12)», en el libro: J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 3.ª edición, p. 591.

¹³ La primera mención expresa del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH tuvo lugar en una temprana sentencia sobre el art. 14 CEDH. Vid. FASSBEN-

3.2. LOS MOTIVOS ESPECÍFICOS DE DISCRIMINACIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Es común en tratados internacionales y constituciones incluir, junto al derecho general a la igualdad, una prohibición de discriminación por determinados motivos que se enumeran normativamente. Se trataría de las prohibiciones de discriminación en sentido estricto. Como pone de manifiesto Sandra Fredman, estas prohibiciones obedecen a una previa situación de desigualdad que se considera injusta y que está incrustada en el contexto social y político de una determinada sociedad¹⁴. Ese es el sentido de cualquier enumeración de motivos concretos de discriminación. Pero, por ello mismo, la lista no puede ser cerrada, pues el devenir histórico hace que surjan nuevos motivos de discriminación que pueden ser destacados.

El art. 14 CE contiene una prohibición de discriminación por «razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El carácter no exhaustivo de esta lista ya fue reconocido por la STC 75/1983, de 3 de agosto (FJ 6). El TC ha puesto de manifiesto que con estas prohibiciones específicas se pretende acabar con diferencias sociales históricamente arraigadas; diferencias «que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE» (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4).

Por ello mismo y, según ha establecido también el TC en la Sentencia 79/2011, de 6 de junio, FJ 3: «las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione* [...], de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».

Como consecuencia, la misma Sentencia afirma que, en estos casos específicos de discriminación, «la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la

DER, B., «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, p. 69, 1998.

¹⁴ FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011 (2.ª ed.), p. 38.

misma». Ahora bien, el TC ha afirmado en la STC 98/2003, de 2 de junio, (FJ 2) que para que se produzca este desplazamiento del *onus probandi* no basta simplemente con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que «además ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato»¹⁵. Solo cuando sucede esto último la parte demandada asume «la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión» y destruir de esta forma la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios. Insiste el Tribunal en que no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino ante la carga de probar «la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter eminentemente ajeno a todo propósito contrario a la igualdad».

3.3. OTROS MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN ESPECIALMENTE PROHIBIDOS

En ocasiones, el TC ha admitido la existencia de otros motivos de discriminación especialmente proscritos no contenidos expresamente en la lista del art. 14 CE, como la edad, la enfermedad o la orientación y la identidad sexual.

En particular, refiriéndose a la edad, el Tribunal ha afirmado en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3 que «La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad».

En varias sentencias, el TC ha apreciado la existencia de una discriminación por razón de edad. Así, la STC 22/1981, de 2 de julio, consideró que era discriminatoria la fijación de una edad laboral máxima incondicionada. Y la STC 79/2011, de 6 de junio, afirmó que era discriminatorio e inconstitucional el precepto que establecía un límite de edad de 65 años para solicitar la adjudicación de una oficina de farmacia.

¹⁵ Sobre la distribución de la carga de la prueba en el Derecho de la Unión Europea, puede verse LOUSADA AROCHENA, J. F., «La prueba de la discriminación en el Derecho comunitario» en *Revista de Derecho Social*, n.º 60, pp. 125-138, 2012.

En otra ocasión, se admitió la existencia de una doble discriminación relacionada con la edad: La STC 3/2018, de 22 de enero, estableció que la denegación de prestaciones sanitarias especializadas a una persona con discapacidad psíquica por razón de edad constituye discriminación por razón de edad y de discapacidad.

La enfermedad como motivo de discriminación fue analizada en la STC 62/2008, de 26 de mayo, en la que se afirmaba que se puede vulnerar el derecho a la igualdad «Cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

Sin embargo, en este caso no se apreció la existencia de discriminación (la Sentencia cuenta con un Voto Particular discrepante).

En la reciente y polémica STC 118/2019, de 16 de octubre, se analizaba la constitucionalidad del art. 52 d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Este precepto establece la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes» dentro de unos determinados plazos. Se excluye «el cáncer o enfermedad grave» como causa de inasistencia, pero se mantiene la posibilidad del despido con relación a las enfermedades «no graves». El TC desestimó la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando la constitucionalidad del precepto.

El órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad no alegaba la existencia de una discriminación por enfermedad, sino la posible vulneración de otros derechos (integridad física, trabajo y protección de la salud), pero el Voto Particular de don Fernando Valdés y don Cándido Conde-Pumpido sí aludían a la posibilidad de que el precepto cuestionado supusiera una discriminación por razón de enfermedad.

También merecen especial consideración los casos de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual (incluida la transexualidad). Estos han sido considerados motivos sospechosos de discriminación incluidos en el listado abierto del art. 14 CE¹⁶. Así

¹⁶ Con relación a la discriminación por orientación sexual, se pronuncian las SSTC 41/2006, de 13 de febrero; 41/2013, de 14 de febrero y 55/2013 de 11 de marzo. Con

se expresa la STC 41/2006, de 13 de febrero (FJ 3): «Es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE».

En este caso, relativo a un despido pluricausal, el TC otorgó el amparo, estimando que se había producido una discriminación por razón de orientación sexual. Sin embargo, en la STC 176/2008, de 22 de diciembre, aunque reconoció que la identidad sexual es un motivo de discriminación prohibido por el art. 14 CE, el Tribunal convalidó la restricción temporal de los derechos de visita paternal de un padre transexual, entendiéndolo que no se debía a su condición, sino que estaba justificada con pruebas periciales psicológicas sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad.

3.4. DESAFÍOS ACTUALES EN MATERIA DE IGUALDAD

De entre los asuntos más polémicos con relación al derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, destacaré tres temas en los que ha habido discrepancias en el seno del TC y entre éste y otros tribunales y órganos internacionales de protección de derechos humanos.

3.4.1. *Sobre la discriminación por razón de sexo o género*

En primer lugar, es preciso mencionar que la mayor parte de las sentencias del TC sobre prohibición de discriminación por motivos

relación a la discriminación por razón de identidad sexual, *vid.* la STC 176/2008, de 22 de diciembre.

específicos han versado sobre la discriminación por razón de sexo o género, reconociéndose la existencia de discriminaciones directas e indirectas basadas en este motivo y argumentando sobre las medidas de acción positivas establecidas para alcanzar la igualdad material¹⁷. Aunque en los textos normativos clásicos se sigue hablando de «discriminación por razón de *sexo*», el término *género* se ha consolidado en los tratados internacionales y también en las normas nacionales más recientes. El término *sexo* se refiere a la diferenciación biológica y orgánica entre hombres y mujeres, mientras que la expresión *género* se refiere a una realidad más amplia, al conjunto de atributos socio-culturales asignados a una persona a partir del sexo al que pertenece convirtiendo la diferencia sexual en diferencia cultural¹⁸.

En el marco de la discriminación por razón de sexo o género, el TC ha contribuido significativamente en la lucha contra una situación histórica de discriminación de las mujeres. Así, ha hecho desaparecer del ordenamiento las discriminaciones directas que quedaban (SSTC 216/1991, de 14 de noviembre, y 229/1992, de 14 de diciembre, sobre el acceso de las mujeres a la Academia General del Aire y al trabajo en las minas respectivamente). Y ha sentado una importante jurisprudencia sobre la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral, en especial, con ocasión del embarazo y la maternidad, siguiendo en este punto, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)¹⁹.

¹⁷ Sobre el tema, puede verse, por ejemplo, REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho del Estado*, n.º 25, pp. 5-40, 2010.

¹⁸ Los estudios feministas en la década de 1970 comenzaron a utilizar la expresión *género*, que había introducido Robert Stoller en 1963 en el ámbito de la psicología. En el mundo anglosajón impulsaron el término *gender* para referirse a las diferencias sociales y culturales existentes entre hombres y mujeres, en oposición a las diferencias biológicas. Así lo hicieron, por ejemplo, Kate Millet y otras autoras feministas. Vid. MILLET, K., *Política sexual*, Cátedra, Madrid, 2017 (publicado inicialmente en 1970). En la VI Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, celebrada en Beijing en 1995 se consolidó el término *género*. Vid. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, en Internet: <https://beijing20.unwomen.org/es/about> (consulta enero 2020).

¹⁹ Sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de igualdad de género, pueden verse, entre otros, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Instituto de la Mujer/CGPJ, Madrid, 1999; SEMPERE NAVARRO, A.V., *Igualdad y discriminación en el Derecho comunitario: diferencias por género, tendencia sexual, edad y raza*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007; ZOCO ZABALA, C., *Prohibición de distinciones por razón de sexo. Derecho Comunitario, Nacional y Autonómico*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008; GILES CARNERO, R. M., «La jurisper-

Con respecto a las discriminaciones indirectas, también ha sentado una jurisprudencia no menos relevante. Así, ha considerado que a trabajos de igual valor debe corresponder igual salario (STC 145/1991, de 1 de julio). También que las diferencias entre las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial y de los trabajadores a tiempo completo no deben ser desproporcionadas y que las diferencias desproporcionadas constituyen una discriminación indirecta contra las mujeres, que son quienes trabajan en mayor medida a tiempo parcial para cuidar de su familia (STC 253/2004, de 22 de diciembre). También ha seguido en este punto la jurisprudencia del TJUE²⁰.

Con respecto a las medidas de acción positiva, el TC ha realizado una oportuna distinción entre las normas que favorecen la incorporación de las mujeres al empleo y las medidas falsamente protectoras (STC 128/1987, de 16 de julio). Del mismo modo, ha convalidado las medidas más polémicas de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como la composición paritaria de las listas electorales y de los órganos públicos (STC 12/2008, de 29 de enero). Ha convalidado también la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección Integral contra la violencia de género (STC 59/2008, de 14 de mayo).

Tras este breve repaso por los logros del TC en la lucha contra la discriminación, me detendré en algunos de los desafíos que, a mi modo de ver, aún tiene planteados: con relación a la discriminación por razón de sexo/género, el TC se ha enfrentado a algunos casos en que los discriminados eran los varones. En la STC 75/2011, de 19 de mayo, apartándose de la jurisprudencia anterior, reputó discriminatorio el reconocimiento del permiso de lactancia solo a las madres trabajadoras con exclusión de los padres varones. Se siguió aquí la jurisprudencia del TJUE establecida en el Caso Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010.

También el TEDH ha modificado su jurisprudencia anterior sobre esta materia. En el Caso Konstantin Markin c. Rusia, de 7 de octubre

dencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva» en MORA RUIZ, M. (dir.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona, 2010; HUMBERT, A. L. y otros, *Índice de igualdad de género: conclusiones principales*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, y PASTOR GOSÁLVEZ, M. I. y otros, *Integración europea y género*, Tecnos, Madrid, 2014.

²⁰ Vid. Caso *Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber Von Hartz*, de 13 de mayo de 1986.

de 2010, pone de manifiesto que se ha producido una evolución legislativa en los Estados con relación a esta materia y que en la actualidad existe un consenso común europeo en el sentido de hacer posible que tanto el padre como la madre puedan solicitar y obtener un permiso de paternidad o maternidad. A juicio del Tribunal, ello supone que la sociedad europea ha evolucionado hacia una mayor igualdad en el desarrollo de la tarea de educar a los hijos e hijas, habiendo ganado reconocimiento el papel de los padres (varones) en esta labor.

Sin embargo, a pesar de todo ello, en la STC 111/2018, de 17 de octubre, se consideró que la diferencia entre los permisos de paternidad y maternidad tenían una justificación objetiva y razonable por tratarse de dos situaciones diferentes. Sorprende que en la argumentación de esta Sentencia no se haya realizado una interpretación amplia del art. 14 CE, teniendo en cuenta el principio de igualdad material del art. 9.2, que pretende eliminar las situaciones discriminatorias de hecho que persisten en la sociedad. Tal vez la limitación del objeto de protección del recurso de amparo a los derechos de los arts. 14 a 29 más el 30.2 CE se ha entendido en esta ocasión de una forma demasiado restrictiva. Este déficit ha sido puesto de manifiesto en el Voto Particular que formula la magistrada doña M.^a Luisa Balaguer. En él se afirma que se ha perdido una buena ocasión reflexionar sobre otras finalidades de los permisos de maternidad y paternidad, como el objetivo de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer. Con posterioridad a esta Sentencia, se ha aprobado una normativa que prevé la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad de modo progresivo²¹.

Pero este tema de la relación entre la igualdad de género y la protección de la maternidad sigue siendo uno de los retos de los ordenamientos jurídicos actuales, teniendo en cuenta que la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por Naciones Unidas en 1979, establece que las medidas para proteger la maternidad no deben considerarse discriminatorias²².

²¹ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

²² Art. 4.2 CEDAW.

3.4.2. *Sobre la discriminación por razón de raza o etnia*

El segundo tema polémico se refiere a la discriminación por razón de raza y el llamado *perfil racial* (o *racial profiling*)²³, por el que la pertenencia a un grupo racial o étnico se considera un motivo para que una persona sea «sospechosa» de haber cometido un acto ilícito y, como consecuencia, sea víctima de discriminación.

La STC 13/2001, de 29 de enero (caso de Rosalind Williams), se refería a una posible discriminación por razón de raza/etnia. Según el relato de los hechos, la Policía realizó una diligencia de identificación a una mujer afrodescendiente considerando que el criterio racial ofrecía una mayor probabilidad de que la mujer fuera extranjera. La afectada recurrió en sucesivas instancias pues estimaba que se le había solicitado la documentación por el mero hecho de su raza, lo que suponía una humillación. El TC no apreció la existencia de discriminación, pero la Sentencia contó con un Voto Particular discrepante. El caso fue llevado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien condenó a España por violación del artículo 26 (igualdad y prohibición de discriminación), leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 (derecho a un recurso efectivo) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en un Dictamen de fecha 27 de julio de 2009.

La situación volvió a repetirse en el asunto resuelto por la Sentencia del TEDH Caso B.S. contra España, de 24 de julio de 2012. La demandante había presentado un recurso de amparo ante el TC que había sido inadmitido a trámite. Según el relato de los hechos, una mujer nigeriana que ejercía la prostitución fue agredida y detenida por agentes de la policía. La demandante alegó motivaciones racistas en estos hechos, puesto que otras mujeres en las mismas circunstancias no habían sido detenidas. El TEDH condenó a España por vulneración del art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) combinado con el art. 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes). Asimismo, consideró que el Estado español no había investigado suficientemente la posible motivación racista de las mencionadas agresiones y apreció vulneración procedimental del art. 3 CEDH.

Actualmente, está pendiente la resolución de una demanda presentada por Zeshan Muhamad el 5 de mayo de 2017 ante el TEDH por

²³ Sobre el perfil racial, puede verse GARCÍA AÑÓN, J. *et al.*, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

vulneración de los arts. 14 CEDH (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 CEDH (respeto de la vida privada). Este joven pakistaní denuncia que se le había requerido la documentación por parte de la policía y había sido víctima de malos tratos en España, basándose únicamente en sus características étnicas. Había presentado antes un recurso de amparo ante el TC que fue inadmitido a trámite el 8 de noviembre de 2016 por falta de trascendencia constitucional del asunto²⁴.

3.4.3. *Sobre la discriminación por razón de nacionalidad*

El art. 14 CE reconoce el derecho a la igualdad a «los españoles», esto es, a las personas de nacionalidad española, tanto físicas como jurídicas. Y, en consecuencia, el TC ha afirmado que titulares del derecho a la igualdad son solo «los españoles» (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 2). Sin embargo, en ocasiones ha reconocido la titularidad de determinados derechos fundamentales «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» no solo a los españoles, sino también a los extranjeros (STC 107/1984, de 23 de noviembre, y STC 236/2007, de 7 de noviembre, entre otras).

En este sentido, Blanca Rodríguez Ruíz afirma que el art. 14 CE, leído en relación con el art. 13 CE, implica que la titularidad del derecho a la igualdad abarca necesariamente también a las personas extranjeras, en la medida en que estas sean titulares de los derechos reconocidos en el resto del Capítulo II del Título I de la Constitución²⁵.

Por otra parte, como afirma María Díaz Crego, teniendo en cuenta lo dispuesto por los tratados internacionales ratificados por España (en especial, el PIDCP), el Protocolo 12 al CEDH y, sobre todo, la reciente jurisprudencia del TEDH sobre el art. 14 CEDH, es difícil seguir manteniendo que los extranjeros no son titulares del derecho a la igualdad y que no se ha reconocido el derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de nacionalidad.

La jurisprudencia del TEDH ha ido reconociendo estos derechos (Caso Gaygusuz contra Austria, 16 de septiembre de 1996 y otros), imponiendo a los Estados la obligación de justificar de manera obje-

²⁴ Sobre el itinerario procesal del caso, *vid.* <https://www.justiceinitiative.org/litigation/zeshan-muhammad-v-spain> (consulta enero de 2020).

²⁵ RODRÍGUEZ RUIZ, B., *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. Un recorrido jurisprudencial*, *ob. cit.*, p. 73.

tiva y razonable las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros que se funden únicamente en la nacionalidad de éstos. La única excepción que el Tribunal de Estrasburgo parece contemplar a esa regla general se refiere a aquellos derechos que el CEDH reconoce específicamente a los nacionales o a los extranjeros que se encuentren en determinadas situaciones, significativamente, los derechos políticos. En relación con esos derechos, el TEDH no exige la justificación de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida diferenciadora que sí se exige en relación con cualquier otra diferencia de trato basada en la nacionalidad²⁶.

Díaz Crego propone que el TC reconozca abiertamente la posibilidad de discriminación por razón de nacionalidad y analice la razonabilidad y la proporcionalidad de todas las diferencias de trato basadas en la nacionalidad (salvo las que se refieran a los derechos políticos). Todo ello en lugar de basar la prohibición de discriminación en nociones más intangibles como la «dignidad humana»²⁷.

En su Sentencia 137/2000, de 29 de mayo (FJ 1), el TC parece admitir la posibilidad de que exista una prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. Se trataba de la denegación de permiso de salida de prisión a un recluso de nacionalidad francesa. La Sentencia afirma lo siguiente: «En la demanda de amparo se habla, con acierto, de que no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad, en este caso francesa, del solicitante. Pues, a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el art. 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros [...] se garantizan a todas las personas, y no solo a los españoles, los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» [...] y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Pero, finalmente, no otorgó el amparo al demandante pues estimó que la denegación del permiso de salida obedecía a causas ajenas a su nacionalidad y contaba con una justificación objetiva y razonable.

²⁶ DÍAZ CREGO, M., «El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad ¿un derecho de los extranjeros?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89, pp. 147-151, 2010.

²⁷ *Idem.*, p. 151.

SEGUNDA PARTE: LOS DERECHOS SOCIALES

4. La eficacia jurídica de los derechos sociales

En las declaraciones internacionales de derechos humanos y también en las Constituciones es habitual distinguir entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales. Aunque en las organizaciones internacionales se afirma repetidamente la indivisibilidad de los derechos²⁸, en unos y otros tipos de documentos es habitual también que los derechos civiles y políticos gocen de un sistema de garantías más completo, mientras que los derechos económicos y sociales tienen una protección mucho más limitada.

Así sucede, por ejemplo, con los Pactos Internacionales aprobados en 1966 en el ámbito de Naciones Unidas: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Y también en el ámbito del Consejo de Europa, en el que los derechos civiles y políticos se reconocen en el CEDH, protegido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y los derechos sociales en la Carta Social Europea (en adelante, CSE), adoptada en 1961 y reformada en 1996, cuya garantía se encomienda al Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS), cuyas decisiones tienen menor fuerza vinculante que las del TEDH. La excepción sería la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce de forma indiferenciada derechos civiles y políticos y derechos sociales, aunque es doctrina común considerar que la eficacia de los derechos sociales de la Carta no debe ser mayor que la que éstos tienen en los Estados²⁹.

²⁸ También en la doctrina se ha insistido en la indivisibilidad de los derechos. *Vid.*, por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004; HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Madrid, Siglo XXI, 2015 (3.ª edición) y ESCOBAR ROCA, G., «Indivisibilidad y derechos sociales. De la Declaración Universal a la Constitución», *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, n.º 2, 2012.

²⁹ *Vid.* HERREROS LÓPEZ, J. M., «El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales» en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 429. En la versión de la Carta de 2007 se introduce la distinción entre *derechos* y *principios* (arts. 51 y 52) y se otorga una menor eficacia jurídica a estos últimos por lo que se refiere a su invocabilidad ante los tribunales. Es cierto que no se determina claramente qué preceptos reconocen *derechos* y cuáles establecen *principios*, con una menor justiciabilidad, pero, en opinión de Cruz Villalón, en una interpretación sistemática y teniendo

Ahora bien, no todos los derechos sociales tienen la misma naturaleza. En las declaraciones de estos derechos se suelen incluir figuras diversas. Sintetizando, podemos distinguir dos grandes categorías de derechos sociales³⁰: a) *Derechos sociales de libertad*, de naturaleza similar a la mayoría de los derechos civiles y políticos reivindicados en las revoluciones liberales, es decir, se trata de derechos que exigen, fundamentalmente, una actitud negativa, de no injerencia, del Estado. De este tipo son los derechos de libre sindicación y de huelga y b) *Derechos sociales de prestación*³¹. Éstos otorgan al sujeto un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre ellos, podemos encontrar supuestos en los que se trata de demandar la entrega de un bien (derecho a una vivienda digna), la prestación de un servicio (educación, protección de la salud...) o la percepción de una asignación económica (pensiones, subsidios...)³².

Aquí me referiré, entonces, a los *derechos sociales de prestación*, pues son los que plantean mayores dificultades con relación a su justiciabilidad. De hecho, son, en su mayor parte, los derechos que quedan excluidos del CEDH y relegados a la CSE. Y en la Constitución española son, fundamentalmente, los reconocidos en el Capítulo III del Título I, entre los *Principios Rectores de la Política Social y Económica*, que gozan de una eficacia jurídica menor que los derechos contenidos en el Capítulo II del mismo Título.

do en cuenta el Derecho comparado europeo, los derechos sociales de prestación entrarían, en general, en la categoría de *principios*. Vid. las Conclusiones del Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN presentadas el 18 de julio de 2013 en el asunto C-176-12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³⁰ Vid. LAPORTA, F., «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en BETEGÓN, J. (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 298-300.

³¹ Sobre los derechos sociales de prestación, vid. ESCOBAR ROCA, G., «Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)», en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 459-647.

³² Aunque no faltan autores que ponen de manifiesto que esta distinción es artificiosa puesto que, en realidad, todos los derechos tienen una faceta de libertad y una faceta de prestación. Así, el derecho a la vida o a la propiedad privada, por ejemplo, precisan de una importante actividad pública para su protección (cuerpos policiales, aparato judicial, prisiones) con un coste importante. Y los derechos de prestación (educación, salud, vivienda) también deben ser disfrutados en libertad. Vid., por ejemplo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, ob. cit. y HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, ob. cit.

Así pues, la principal dificultad que plantean los derechos sociales de prestación es la relativa a su justiciabilidad. La crítica tradicional pone de manifiesto que para que un Estado pueda garantizar plenamente los derechos a la educación, a la protección de la salud, a una vivienda digna o a una protección social mínima ha de contar con unos medios económicos muy abundantes, por no decir ilimitados³³. Por otra parte, se afirma también que los jueces y tribunales no deben sustituir a los gobiernos y parlamentos en la definición de las políticas públicas que traten de hacer realidad estos derechos, pues la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado es misión de los poderes legislativo y ejecutivo, no del poder judicial³⁴.

A pesar de ello, numerosos trabajos doctrinales tratan de justificar la aptitud de los derechos sociales de prestación para ser calificados de derechos fundamentales y para gozar de un cierto nivel de eficacia jurídica, sometida siempre a un juicio de ponderación con otros bienes y derechos³⁵. Además, ya se garantiza habitualmente de forma universal un derecho de prestación típico, como es el derecho de educación básica obligatoria³⁶. Del mismo modo, podrían garantizarse

³³ Vid. FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado social», en ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., y DOHERING, K., *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

³⁴ Con referencia a la Constitución española, Francisco Bastida argumenta bien sobre dificultad de la consideración de los derechos sociales de prestación reconocidos en el Capítulo III del Título Primero como derechos fundamentales, si partimos de un concepto de «fundamentalidad jurídica». Vid. BASTIDA, F. J., «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol. II, Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 1083-1101.

³⁵ Vid., por ejemplo, ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, ob. cit.; ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005; ALEXY, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007; CARMONA CUENCA, E., «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, ob. cit., pp. 1103-1118; PISARELLO, G. (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009; KOCH, I. E., *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2009; ESCOBAR ROCA, G. (dir.) (2012), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, ob. cit. y CHATTON, G. T., *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Shulthess Médias Juridiques, Genève, 2013, entre muchos otros.

³⁶ Así lo hace la Constitución española en su art. 27.

otros derechos sociales de prestación, siempre que se estableciesen unos niveles mínimos factibles³⁷. La fijación de estos niveles mínimos es tarea principal del legislador, pero los tribunales deberían poder establecer también unos estándares básicos de protección en caso de actividad legislativa injustificadamente restrictiva o de ausencia flagrante de tal actividad en la protección de los derechos sociales de prestación³⁸.

Así lo han hecho algunos tribunales internacionales y también nacionales. En particular, es muy interesante la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos sociales, a la que se hará referencia a continuación. Por lo que se refiere a los tribunales nacionales, merece la pena destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano en sus Sentencias 80/2010, de 22 de febrero, y 275/2016, de 16 de diciembre, en las que ha considerado inconstitucionales las restricciones legislativas establecidas en materia de protección de alumnos con discapacidad (relativas a los profesores de apoyo y al transporte escolar) por contravenir el «núcleo indisponible de garantía» del derecho a la educación de las personas con discapacidad grave. Aunque el Tribunal reconoce un margen de discrecionalidad del legislador en la protección de los derechos fundamentales, considera que, en este caso, se había vulnerado el núcleo esencial del derecho que debe ser respetado en todo caso.

5. Los derechos sociales en el TEDH

Como hemos visto, el CEDH solo reconoce, en general, derechos civiles y políticos. El único derecho social de prestación que contiene es el derecho a la educación (art. 2 Protocolo, n.º 1). Por esta razón, en general, el TEDH (y antes la Comisión) han declarado inadmisibles las demandas fundadas en estos derechos sociales de prestación³⁹.

³⁷ Vid. CARMONA CUENCA, E., «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», *loc. cit.*

³⁸ El debate para el TC se plantea entre la aplicación del juicio de proporcionalidad a las restricciones de derechos sociales y la tutela del núcleo mínimo indisponible del derecho, como ha defendido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Vid. GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Civitas, 2019, p. 165.

³⁹ Así lo hace el TEDH, por ejemplo, en la decisión de inadmisibilidad *Salveti c. Italia*, de 9 de julio de 2002. Vid. SUDRE, F. (2003) «La protection des droits sociaux par la

Sin embargo, ya a partir del caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979, el Tribunal ha entendido, en numerosas ocasiones, que no es posible trazar una separación absoluta entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales: «Aunque el Convenio establece una serie de derechos de carácter esencialmente civil y político, algunos de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica o social... El mero hecho de que una interpretación del Convenio pudiera extenderse hacia la esfera de los derechos sociales y económicos no supondría un factor decisivo contra dicha interpretación; no existe una separación drástica entre esa esfera y lo recogido por el Convenio».

De esta forma, a pesar del tenor literal del Convenio, en múltiples sentencias el TEDH ha entrado a conocer demandas que tenían un importante contenido económico y social y, es más, ha llegado a reconocer algunos derechos sociales de prestación a partir de los derechos civiles y políticos que sí están reconocidos en el texto del Convenio. Para ello, ha utilizado diversos mecanismos de protección indirecta⁴⁰. Así, por ejemplo, del derecho a la vida del art. 2 CEDH ha derivado algunos contenidos del derecho a la protección de la salud⁴¹. De la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes del art. 3 CEDH ha derivado también una suerte de derecho a la protección de la salud⁴² e, incluso, se ha planteado la posibilidad de incluir el derecho a prestaciones económicas mínimas (aunque finalmente no estimó la demanda)⁴³. Del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH ha derivado contenidos relacionados con la protección de la salud⁴⁴,

Cour Européenne des Droits de l'Homme: Un exercice de "Jurisprudence fiction"?», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 55, pp. 755, 2003.

⁴⁰ Sobre la protección indirecta de los derechos sociales en la jurisprudencia del TEDH, *vid.* CARMONA CUENCA, E., «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político* (UNED) Núm. 100, 2017, pp. 1209-1238. *Vid.* también LÓPEZ GUERRA, L., «La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», y PÉREZ ALBERDI, M. R., «La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», ambos en TEROL BECERRA, M. y JIMENA QUESADA, L. (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 297-317 y 319-332, respectivamente.

⁴¹ Casos Oyal contra Turquía, de 23 de marzo de 2010 y Lopes de Sousa c. Portugal, de 19 de diciembre de 2017.

⁴² Caso piloto Torreggiani contra Italia, de 8 de enero de 2013, y otros relacionados con el ámbito penitenciario.

⁴³ Decisión de inadmisibilidad Larioshina contra Rusia, de 23 de abril de 2002.

⁴⁴ Caso Roche contra Reino Unido, de 19 de octubre de 2005.

de la vivienda⁴⁵ o de las personas con discapacidad⁴⁶. Y del derecho a la propiedad privada del art. 1 Protocolo, n.º 1 ha deducido la existencia de un derecho a prestaciones económicas⁴⁷ o a la protección de la vivienda⁴⁸. En general, el TEAH ha otorgado protección a los derechos sociales cuando se habrían producido unos daños que eran responsabilidad del Estado o cuando se trataba de colectivos vulnerables.

Una parte de la doctrina se muestra, en términos generales, partidaria de esta extensión de la protección ofrecida por el TEDH a los derechos sociales⁴⁹. En concreto, Sudre afirma que esta extensión es conveniente y ello tanto por razones de principio como por razones de oportunidad⁵⁰. En cuanto a las primeras, expone que no hay que perder de vista la indivisibilidad de los derechos humanos y que tanto los derechos civiles y políticos como los económicos y sociales son igualmente inherentes a la dignidad humana y deben ser protegidos. En cuanto a las razones de oportunidad, pone de manifiesto que la aprobación de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea el 18 de diciembre de 2000⁵¹ supone la introducción de un Documento que reconoce de forma indiferenciada los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales. Si el Convenio Europeo quiere seguir siendo un texto de vanguardia en la protección de los derechos humanos en Europa, no debe descartar, en principio, la protección de ninguno de estos derechos, incluidos los económicos y sociales.

Sin embargo, también se ponen de manifiesto en la doctrina las dificultades que conlleva la extensión de la competencia del TEDH a la protección de los derechos económicos y sociales y, muy particularmente, a los derechos sociales de prestación. Se dice que, para garantizar estos derechos, es preciso contar con medios económicos suficientes y que son los Estados los que deben establecer la política económica en el interior del país, en particular, es misión de los podede-

⁴⁵ Caso Winterstein y otros contra Francia, de 17 de octubre de 2013.

⁴⁶ Decisión de inadmisibilidad La Parola y otros contra Italia, de 30 de noviembre de 2000.

⁴⁷ Casos Koua Poirrez contra Francia, de 30 de septiembre de 2003, y Fabián contra Hungría, de 5 de septiembre de 2017.

⁴⁸ Caso Öneriyildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004.

⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, LEIJTEN, I., *Core socio-economic rights and the ECtHR*, Cambridge U.P., 2018, p. 86 y GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *ob. cit.*, p. 165.

⁵⁰ SUDRE, F., «La protection des droits sociaux...», *cit.*, pp. 755-757.

⁵¹ Texto al que el Tratado de Lisboa, aprobado el 13 de diciembre de 2007, otorga el mismo valor jurídico de los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

res legislativo y ejecutivo la definición de esa política económica. En atención a estas consideraciones, el Tribunal Europeo se ha mostrado, en general, muy cauteloso a la hora de establecer la violación de un derecho social de prestación por parte del Estado⁵². En general, y sobre todo a partir de la crisis económica y financiera de 2008, ha adoptado una posición de deferencia (o autocontención judicial) y ha otorgado un amplio margen de apreciación a los Estados⁵³.

6. Los derechos sociales en la constitución española

Nuestra Constitución española de 1978 sigue la tendencia habitual de los tratados internacionales y, en general, otorga una garantía muy distinta a los derechos económicos y sociales que la que concede a los derechos civiles y políticos.

A los efectos del presente trabajo, consideramos derechos sociales los reconocidos en los principales tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea, ambos ratificados por España. Entre ellos hay derechos de libertad y derechos de prestación, siendo estos últimos, como hemos visto, los que plantean mayores dificultades para concretar su justiciabilidad.

En nuestra Constitución, podemos encontrar derechos sociales entre los derechos de máxima protección constitucional: educación (art. 27) y libertad sindical y huelga (art. 28); entre los derechos de protección ordinaria: derecho al trabajo y derechos laborales (art. 35) y entre los de protección limitada (Capítulo III del Título I): seguridad social (art. 41), protección de la salud (art. 43), cultura (art. 44), medio ambiente (art. 45) y vivienda (art. 47), entre otros.

⁵² *Vid.*, entre otros, BINDER, C. y SCHOBESBERGER, T., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales. ¿Nuevas tendencias en la jurisprudencia?», en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., SÁIZ ARNÁIZ, A. y MORALES ANTONIAZZI, M., *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2015, pp. 104 y CLEMENTS, L. and SIMMONS, A., «European Court of Human Rights. Sympathetic Unease» en LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 409.

⁵³ Sobre la aplicación por el TEDH de la doctrina del margen de apreciación, *vid.* GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.

Esto es, de los derechos sociales reconocidos en la Constitución, solo el derecho a la educación (art. 27), la libertad sindical (art. 28.1) y el derecho de huelga (art. 28.2 CE) son protegibles mediante el recurso de amparo constitucional. Los demás no pueden ser objeto de protección mediante este procedimiento y, por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los mismos ha de ser la establecida en otros procedimientos, como el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad o los conflictos competenciales, en los que no existe una legitimación de las personas individuales⁵⁴.

Además, la mayor parte de los derechos sociales (especialmente los de prestación) están reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, por lo que tienen su eficacia limitada por lo dispuesto en el art. 53.3 CE, según el cual «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

En este contexto, no es de extrañar que la jurisprudencia del TC sobre los derechos sociales reconocidos en la Constitución tradicionalmente no haya sido muy abundante (salvo la referida a los protegibles en amparo⁵⁵). Podemos adelantar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español no es tan avanzada como las construcciones que ha realizado el TEDH, pero algunas de estas sentencias han otorgado una cierta protección a determinados derechos sociales⁵⁶.

Para ello, el Tribunal Constitucional ha utilizado diversos mecanismos de protección indirecta de los derechos sociales, de forma bastante similar a como lo ha hecho el Tribunal de Estrasburgo. Estas técnicas serían las siguientes: a) aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE; b) aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; c) conexión con otros derechos civiles y políticos o con otros derechos sociales y d) protección de ciertos derechos sociales como límites de los derechos civiles y políticos⁵⁷. En particular, la conexión de los derechos sociales de prestación con los derechos civiles y políticos que gozan de la máxima protección constitucional ha dado algunos frutos muy interesantes, aunque inferiores en número a los del TEDH. Así, en varias Sentencias, el TC ha protegido

⁵⁴ Salvo en los conflictos negativos de competencias.

⁵⁵ Como ya se ha mencionado, la limitación del objeto de protección del recurso de amparo a los derechos 14 al 29 más el 30.2 CE condiciona y limita esta jurisprudencia.

⁵⁶ Vid. DÍAZ CREGO, M., «Derechos sociales y amparo constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 94, pp. 17-57, 2012.

⁵⁷ *Idem*.

algunos contenidos del derecho a la protección de la salud a través del derecho a la integridad física del art. 15 CE⁵⁸. El mismo derecho a la protección de la salud y también el derecho a la vivienda se han relacionado también con el derecho a la vida del art. 15 CE y los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del art. 18 CE⁵⁹. Más adelante haré referencia a esta jurisprudencia (en concreto, sobre los derechos a la protección de la salud y a la vivienda) que, como ha sucedido con la jurisprudencia del TEDH, también ha sufrido un retroceso en los últimos años de crisis económica. Pero antes abordaré dos temas generales sobre derechos sociales que han resultado polémicos: Los límites materiales del Decreto-Ley y el valor normativo de los *Principios Rectores de la Política Social y Económica*.

7. Protección de los derechos sociales por el TC: algunos temas generales polémicos

Con carácter general, es interesante destacar la jurisprudencia constitucional de los últimos años y, en concreto, a partir de 2008, en que comenzó el período de grave crisis económica y financiera que aún atravesamos en buena medida. En particular, entre los años 2008 y 2015 se dictaron varias normas (Leyes y Decretos-Leyes) que supusieron un retroceso en la protección de los derechos sociales en España (los llamados «recortes»). La finalidad alegada era reducir el déficit público, pues a ello nos obligaba el objetivo de convergencia establecido por los órganos de la Unión Europea.

Varias de esas normas fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional y las Sentencias que han resuelto esos recursos, cuestiones de inconstitucionalidad y conflictos de competencias reflejan claramente la existencia de dos posturas entre los Magistrados del Tribunal: la mayoritaria que, en general, ha convalidado esos «recortes» y una posición minoritaria, que ha formulado unos Votos Particulares muy completos y elaborados⁶⁰.

⁵⁸ SSTC 35/1996, de 11 de marzo; 119/2001, de 24 de mayo; 5/2002, de 14 de enero, y 33/2011, de 28 de marzo.

⁵⁹ SSTC 119/2001, de 24 de mayo, y 150/2011, de 29 de septiembre.

⁶⁰ Vid. FRANCO FERRARI, G., «Los derechos sociales en el constitucionalismo de la crisis: Una perspectiva comparada» en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 43, 2019, pp. 363-366 y HERNÁNDEZ RAMOS, M., «La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en

7.1. LOS LÍMITES MATERIALES DEL DECRETO-LEY

La STC 139/2016, de 21 de julio, resolvía el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Más adelante se abordará el análisis del contenido material de esta Sentencia, sobre la titularidad del derecho a la protección de la salud. Pero en ella el TC también analiza la cuestión del límite material a los Decretos-leyes establecido en el art. 86.1 CE, según el cual estas normas no podrán afectar «a los derechos, deberes y libertades regulados en el Título I». Y el TC afirma, de forma sorprendente, que el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE «carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia».

Varios Votos Particulares mostraron su discrepancia con esta Sentencia, de forma muy acertada, en mi opinión. En uno de ellos, firmado por don Fernando Valdés y doña Adela Asua, se afirma que el TC ha abierto una «preocupante senda» en relación con los derechos sociales «consistente en reinterpretar una anterior doctrina de forma silenciosa», que se ha traducido en no anunciar el cambio y no «aprestar los motivos justificativos del propio cambio».

Los Magistrados discrepantes aseveran que nunca antes «ninguna resolución de este Tribunal ha procedido a excluir del ámbito de aplicación de la cláusula de «no afectación» del art. 86 CE los Principios Rectores enunciados en el Capítulo III del Título I de la Constitución». O, lo que es lo mismo, «este Tribunal, en su ya dilatada trayectoria jurisdiccional, no ha limitado la operatividad de dicha cláusula a los derechos, deberes y libertades consagrados [...] en el Capítulo II de ese mismo Título (I). Este cambio tan relevante, esta práctica de *overruling* subrepticio, junto con los efectos restrictivos en la protección de los derechos y principios constitucionales, son dos motivos que demandarían un desarrollo argumentativo de mucho más calado que el realizado por la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional».

En este mismo Voto Particular, los Magistrados disidentes fundaron sus argumentaciones en la ya asentada doctrina constitucional de

materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 109-II, pp. 119-143, 2017.

la relación de instrumentalidad entre el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE y el derecho a la vida del art. 15 CE, así como en la noción de conexión e indivisibilidad de los derechos establecida por el TEDH (desde el mencionado Caso Airey contra Irlanda), concluyendo que «la interdicción de afectar por medio de un Decreto-ley a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE se proyecta indefectiblemente al derecho a la salud, sin necesidad de entrar a valorar si se trata de un derecho fundamental, un principio rector, un valor de relevancia constitucional o una mera orientación dirigida al legislador. Poco importa cómo se defina o conceptualice el derecho a la salud, porque, por encima de todas esas consideraciones, se halla la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE entre los arts. 43 y 15 de la Constitución, recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse, necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos» (Apartado II.2).

7.2. EL VALOR NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

El TC se ha pronunciado en muy diversas ocasiones sobre el valor normativo de los llamados *Principios Rectores de la Política Social y Económica*, contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución. En varias ocasiones ha manifestado que estos preceptos constitucionales «no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

Ahora bien, también ha dicho el TC que, a pesar de la limitación a la justiciabilidad de estos preceptos contenida en el art. 53.3 CE, ello no significa, que estemos ante normas meramente programáticas, sino que el «reconocimiento, respeto y protección» de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I, informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», según ordena el mismo artículo 53.3 de la Constitución. Esta declaración constitucional «impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales, como de las leyes» (SSTC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6, y 203/2000, de 24 de julio, FJ 4).

En la STC 45/1989, de 20 de febrero, que argumenta en base al art. 39 CE, el TC insiste en que estos principios rectores pueden ser utilizados como parámetro de la constitucionalidad de actuaciones positivas del legislador (FJ 4): «En lo que toca a la segunda de las mencionadas conexiones hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género [...], ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida».

En concreto, refiriéndose al art. 51 CE (protección de los consumidores y usuarios), el TC ha afirmado, en la STC 14/1992, de 10 de febrero (FJ 11), que «Este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución»⁶¹.

Con relación al derecho a la seguridad social, la STC 37/1994, de 10 de febrero, afirma la necesidad de mantener un núcleo indisponible para el legislador relativo al sistema de seguridad social: «El art. 41 C.E. impone a los poderes públicos la obligación de establecer —o mantener— un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constituciona-

⁶¹ Lo reitera la 233/2015, de 5 de noviembre.

les, estableciendo... un núcleo reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, fundamento jurídico 4.º, y 76/1988, fundamento jurídico 4.º)».

De igual modo, en la mencionada STC 139/2016, de 21 de julio (FJ 8), sobre el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, se afirma que: «La naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública».

En un sentido similar, se ha reconocido también el carácter vinculante del art. 45 CE e incluso se ha afirmado la existencia de un principio de no regresividad en materia ambiental que condiciona la acción del legislador (SSTC 233/2015, de 5 de noviembre, y 132/2017, de 14 de noviembre).

En algunas Sentencias, el TC ha afirmado que la regla de interpretación del art. 10.2 CE debe aplicarse también a los Principios Rectores. En concreto, en la STC 206/1997, de 27 de noviembre, insistió en que «la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce» de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE) afecta también al art. 41 CE. Así se expresa en el FJ 5: «La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros del Derecho comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia (cuyo valor interpretativo es claro, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E. y de la consagración de la tutela frente a riesgos sociales como un derecho humano) muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada, de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos».

Del mismo modo, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, parece admitir la posibilidad de aplicar la regla interpretativa del art. 10.2 a los principios rectores, concretamente, al derecho a un medio ambiente adecuado del art. 45 CE.

Contrasta esta jurisprudencia con las afirmaciones de la reciente STC 32/2019, de 28 de febrero, en este caso, sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada del art. 47 CE. El Tribunal afirma que el art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias». Por esta razón, continúa el Tribunal, la Ley recurrida «no puede en ningún caso contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (esto es, los contenidos en los arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30.2) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (FJ 6).

Pero los Principios Rectores del Capítulo III del Título I CE forman parte claramente de «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce». Como hemos visto, la jurisprudencia anterior incluía estos preceptos entre los que deben ser interpretados, conforme al art. 10.2 CE, de conformidad con el Derecho internacional sobre derechos humanos. La exclusión de los Principios Rectores de esta regla interpretativa, además de contradecir la jurisprudencia consolidada del Tribunal, aparece como una conclusión forzada e inexplicable desde una visión coherente de nuestro ordenamiento jurídico contemplado en su conjunto (lo que incluye también los tratados internacionales ratificados por España).

El Voto Particular de la Magistrada doña M.^a Luisa Balaguer Callejón manifiesta su discrepancia con la argumentación de esta Sentencia: «No soy partidaria de una lectura estricta de la proyección del art. 10.2 CE como la que parece asumir la Sentencia. Es cierto que la jurisprudencia constitucional suele acotar la proyección del mandato hermenéutico del art. 10.2 CE a los derechos contenidos en el capítulo II del título I CE, quizá porque es el recurso de amparo, restringido al examen de los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, el que pone al Tribunal con más frecuencia frente a la interpretación de los derechos fundamentales y la aplicación del art. 10.2 CE. Pero este argumento es puramente circunstancial. No existe una exclusión explícita referida a los principios rectores, en relación con el mandato contenido en el art. 10.2 CE».

8. El derecho a la protección de la salud

8.1. CONEXIÓN CON EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA (ART. 15 CE)

En varias Sentencias, el TC ha establecido una conexión entre el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE)⁶² o, al menos, con algunos contenidos de este derecho. Esta jurisprudencia parece configurar el derecho a la protección de la salud derivado del derecho a la integridad física como un derecho negativo, que solo se vulneraría en casos de acciones que perjudicaran gravemente la salud⁶³.

Así, en la STC 37/2011, de 28 de marzo se dice lo siguiente: «Hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal [...], aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma».

En esta Sentencia, el Tribunal conecta el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). En este caso, los tribunales ordinarios habían negado al recurrente el derecho a ser indemnizado por las consecuencias perjudiciales para su salud que tuvo una mala praxis médica y por no haber recibido ninguna información previa sobre la intervención quirúrgica que se le practicó. El TC tuvo en cuenta que los tribunales ordinarios no valoraron que los hechos del caso podían suponer una violación del derecho a la integridad física y del derecho a la protección de la salud. Consideró que la ausencia de todo razonamiento al respecto de los tribunales ordinarios produjo una vulneración del art. 24 CE.

En algunas Sentencias, el TC ha protegido de manera más intensa el derecho a la protección de la salud de un colectivo especialmente vulnerable y dependiente de la tutela del Estado (sometido a una relación especial de sujeción): las personas encarceladas. Así, la STC 35/1996,

⁶² Vid. esta jurisprudencia en ESCOBAR ROCA, G., «El derecho a la protección de la salud», en ESCOBAR ROCA, G. (dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, *ob. cit.* Sin embargo, en alguno de sus Autos, el TC trata de establecer una clara distinción entre ambos derechos (ATC 57/2007, de 26 de febrero).

⁶³ STC 35/1996, de 11 de marzo. Vid. DÍAZ CREGO, M., «Derechos sociales y amparo constitucional», *loc cit.* p. 31.

de 11 de marzo, argumentaba sobre el posible efecto perjudicial para la salud de un recluso que podía tener su sometimiento constante a sesiones de rayos X por motivos de seguridad, aunque finalmente no se otorgó el amparo porque se consideró que no se había producido daño.

En la STC 48/1996, de 25 de marzo, el TC vuelve a establecer una conexión entre los derechos a la vida y a la integridad física y el derecho a la protección de la salud y considera vulnerados aquellos por la decisión de los tribunales ordinarios de no acceder a la excarcelación de un recluso que padecía una enfermedad grave e incurable. La permanencia en prisión incidía desfavorablemente en la evolución de esta enfermedad, acortando así la duración de su vida, aunque sin ponerla directa e inmediatamente en peligro. El hecho de que la denegación de la excarcelación empeorara el estado de salud del recluso fue motivo suficiente para que el TC considerara vulnerado el derecho reconocido en el artículo 15 CE.

En la misma línea, en la STC 5/2002, de 14 de enero, el TC analizaba la eventual vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE) de un condenado al que se le había denegado la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le había sido impuesta, a pesar de que padecía una grave enfermedad. En este caso, el TC no consideró violado el art. 15 CE porque el recurrente podría continuar el tratamiento médico en la prisión. Parece establecer aquí el TC una obligación positiva del Estado de facilitar a los internos los tratamientos médicos que necesiten⁶⁴.

También parece que el TC protege más intensamente la salud de ciertos colectivos en situación de especial vulnerabilidad, como las mujeres gestantes, estableciendo obligaciones positivas del Estado. Así, en la STC 62/2007, de 26 de abril, el TC considera vulnerado el derecho a la integridad física (art. 15 CE) por la decisión del Servicio Andaluz de Salud de asignar a la recurrente, una empleada que se encontraba en el sexto mes de embarazo, unas funciones que ponían en serio peligro su salud y la de su hijo.

8.2. CONEXIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y CON LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ART. 18 CE)

En otras Sentencias parece que se ha ampliado el contenido del derecho a la integridad física (art. 15 CE), pero también de los derechos a

⁶⁴ DÍAZ CREGO, M., «Derechos sociales y amparo constitucional», *loc. cit.* p. 31.

la intimidad (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) para entender incluida la protección frente al ruido excesivo en el domicilio⁶⁵. Así, la famosa STC 119/2001, de 24 de mayo, afirmaba en el FJ 6: «Cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE».

En esta polémica Sentencia no se otorgó el amparo por falta de acreditación de la intensidad de los ruidos y del daño, pero hubo dos Votos Particulares. La misma jurisprudencia se estableció en la STC 150/2011, de 29 de septiembre, en la que también se formularon dos Votos Particulares. En concreto, el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez formuló un Voto Particular al que se adhirieron los Magistrados don Eugeni Gay Montalvo y doña Elisa Pérez Vera en el que discrepaban tanto del fallo como de la fundamentación jurídica. Consideraban que debió otorgarse el amparo solicitado pues la exigencia de la prueba del daño en el interior de la vivienda como requisito para amparar el derecho fundamental es expresamente rechazada por el TEDH en el caso *Moreno Gómez contra España*, de 16 de noviembre de 2004⁶⁶ y, posteriormente, en el caso *Dees contra Hungría*, de 9 de noviembre de 2010. Los Magistrados discrepantes apuntaban que la protección contra agentes contaminantes como el ruido forma parte del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 18. 1 y 2 CE y que esta interpretación venía exigida por el art. 10.2 CE y por la interpretación conforme que éste impone de los derechos constitucionales con los reconocidos en el CEDH y con la jurisprudencia del TEDH que los desarrolla. Aclaraban que no se trata de introducir nuevos derechos en la Constitución sino de incorporar nuevos contenidos en los derechos ya reconocidos en ella.

8.3. TITULARES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Por otra parte, la mencionada STC 139/2016, de 21 de julio, abordaba un problema crucial sobre el derecho a la protección de la salud:

⁶⁵ Esta jurisprudencia tiene su origen en la conocida Sentencia del TEDH, caso *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994.

⁶⁶ Precisamente en esta Sentencia, el TEDH protegió a la demandante de la STC 119/2001, señora *Pilar Moreno Gómez*, que no había sido tutelada por el Tribunal Constitucional.

La extensión de los titulares de este derecho. Esta Sentencia resolvía el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra contra varios preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. En el marco de los llamados «recortes» de prestaciones que se llevaron a cabo con motivo de la crisis económica y financiera, este Real Decreto-Ley excluyó de la asistencia sanitaria pública a dos colectivos que antes disfrutaban de ella: Los españoles que no ostentaran la condición de asegurado y los extranjeros empadronados en España sin permiso de residencia.

Con relación al primer colectivo, el TC reiteró que el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE es un derecho de configuración legal que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo. Afirmó que esto es lo que ha hecho la norma cuestionada, que adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización a la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación. Además, el Tribunal abundó en los argumentos que utilizó en el ATC 96/2011, sobre la necesidad de racionalizar el gasto público, especialmente en un contexto, como el vigente en esos momentos, de exigencias de reducción del mismo.

Con relación al segundo colectivo, los extranjeros empadronados sin permiso de residencia, el art. 1.3 del Decreto-Ley cuestionado disponía que estos extranjeros recibirían asistencia sanitaria en los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación del alta médica; de embarazo, parto y postparto y de asistencia a los menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles. El Tribunal consideró que esta regulación conectaba con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo a los poderes públicos del art. 43 CE para asegurar y prestar a cualquier persona la asistencia sanitaria necesaria con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el art. 15 CE. Asimismo, el Tribunal estimó que esta regulación no contradecía lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España ni el Derecho de la Unión Europea.

Precisamente con relación a este segundo colectivo, el Voto Particular de los Magistrados don Fernando Valdés y doña Adela Asua afirmó que la norma cuestionada debió considerarse parcialmente inconstitucional, entre otras razones, por la contradicción de su art. 1.3 con el art. 43 CE.

Los Magistrados discrepantes consideraban que dicha normativa suponía una regresión en un derecho que ya disfrutaban estos extranjeros y esto se había hecho sin una argumentación suficiente⁶⁷. Por otra parte, la exclusión de prestaciones sanitarias a un determinado colectivo debió hacerse siguiendo criterios de capacidad económica de los beneficiarios, pero no utilizando criterios de origen nacional o de condición administrativa vinculada a la residencia legal. Por último, el Voto Particular afirma que la privación de asistencia sanitaria al colectivo de extranjeros sin permiso de residencia —con las excepciones apuntadas— supone un sacrificio desproporcionado del derecho a la protección de la salud de ese colectivo.

En otras Sentencias posteriores, volvió a cuestionarse este problema de la supresión de la asistencia sanitaria pública a los extranjeros sin permiso de residencia (salvo las excepciones señaladas). Se trata de las SSTC 33/2017, de 1 de marzo⁶⁸; 63/2017, de 25 de mayo⁶⁹; 64/2017, de 25 de mayo⁷⁰; 97/2017, de 17 de julio⁷¹, y 98/2017, de 20 de julio⁷². En todas ellas, el TC reiteró sus argumentos sentados en la STC 139/2016 y también en todas ellas se formularon Votos Particulares discrepantes con argumentos similares a los referidos.

8.4. CONFLICTOS COMPETENCIALES

También sobre la exclusión de la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia, el TC ha dictado varias Sentencias en

⁶⁷ Siguen aquí la doctrina de prohibición de regresividad en los derechos sociales establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y de la presunción de ilegitimidad de dichas normas regresivas, con respecto a las cuales existe una exigencia de motivación mucho más agravada. *Vid.* ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *ob. cit.*, pp. 93 y ss.

⁶⁸ Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de la Junta de Andalucía contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

⁶⁹ Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Cataluña contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

⁷⁰ Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

⁷¹ Conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. 1192/2012.

⁷² Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Canarias contra Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

las que era el Gobierno del Estado quien impugnaba ciertas normativas autonómicas que habían extendido la asistencia sanitaria a este colectivo.

La STC 134/2017, de 16 de noviembre, estimó parcialmente el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno del Estado contra varios artículos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El TC afirmó que: «De acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, el Estado tiene competencia exclusiva, tanto sobre la «sanidad exterior», como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad», entendida esta como «sanidad interior» [...]. Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde «el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior» [art. 18.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV)]».

Los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón formularon un Voto Particular discrepante en el que sostenían que: «En este nuevo escenario de reducción de la cobertura de la asistencia sanitaria garantizada por la legislación básica estatal, sostenemos que el nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, cuya fijación compete al Estado ex art. 149.1.16 CE, es susceptible de mejora si así lo deciden las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales. Al hacerlo así actúan en el espacio normativo que es propio de la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad, sometida al principio de solidaridad y a la existencia de financiación propia, principios que condicionan, pero en modo alguno cercenan el principio de autonomía».

E insisten en que el principio de interpretación más favorable a los derechos y principios constitucionales debe presidir cualquier interpretación de normas constitucionales, como, en este caso, el reparto de competencias: «También en este proceso, la efectividad del derecho a la protección de la salud hubiera debido presidir la interpretación de los títulos competenciales confrontados, a fin de respaldar, de entre las diversas interpretaciones posibles, aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato proclamado en el artículo 43 CE y alcanzar sus objetivos».

El mismo conflicto lo encontramos en las SSTC 2/2018, de 11 de enero, y 17/2018, de 22 de febrero, que resolvían recursos de incons-

titucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Nación contra sendas leyes autonómicas (de Extremadura y de Navarra) que extendían la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (extranjeros no asegurados). Reiterando la doctrina sentada en la STC 134/2017, el Tribunal estima parcialmente los recursos y considera que es el Estado quien dispone de la competencia exclusiva para las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16.^a CE), mientras que a las Comunidades Autónomas les corresponde solo el desarrollo legislativo y la ejecución. Igual que en la STC 134/2017, formulan Votos Particulares discrepantes los Magistrados don Fernando Valdés, don Juan Antonio Xiol, don Cándido Conde-Pumpido, doña M.^a Luisa Balaguer y don Antonio Narváez.

9. El derecho a una vivienda digna y adecuada

9.1. CONFIGURACIÓN

El derecho a una vivienda digna y adecuada está reconocido en el art. 47 CE. En varias Sentencias, el TC ha establecido que más que un derecho subjetivo es un mandato a los poderes públicos [SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15.c); 31/2010, de 28 de junio, FJ 16, y 110/2011, de 22 de junio, FJ 5].

Si en alguna ocasión, su vulneración ha sido alegada por el recurrente en amparo, el TC ha dejado claro que se trata de un derecho no protegible mediante este procedimiento. Así sucedió en la mencionada STC 119/2001, de 24 de mayo. Sin embargo, en esta Sentencia que, finalmente, no otorgó el amparo, se argumentaba en base a varios derechos protegibles (integridad física, intimidación e inviolabilidad del domicilio) para incluir en ellos un aspecto básico de lo que debe ser una vivienda digna: La ausencia de ruidos excesivos en el interior de la misma.

En otras Sentencias, el TC ha utilizado el derecho a la vivienda del art. 47 CE como límite al derecho de propiedad privada del art. 33 CE⁷³. Así, en la STC 89/1994, de 17 de marzo, afirmaba la constitucionalidad de la prórroga forzosa del arrendamiento. Y en el FJ 5

⁷³ Sobre esta jurisprudencia, *vid.* ESCOBAR ROCA, E. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B., «El derecho a la vivienda», en ESCOBAR ROCA, E., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, *ob. cit.*

decía literalmente: «En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del art. 47 del Texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias. Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución».

Del mismo modo, en la STC 176/1993, de 27 de mayo, el Tribunal estimó que no era contrario a la Constitución el trato más favorable concedido a los funcionarios jubilados y a los pensionistas en cuanto a la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda, en atención al mandato del art. 50 CE para promover el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad.

9.2. DERECHO A LA VIVIENDA Y DESALOJOS FORZOSOS: DOS CASOS POLÉMICOS

A pesar de esta jurisprudencia, a partir de la crisis económica de 2008 -en la época de los «recortes»-, la jurisprudencia del TC aparece como menos garantista. En esta etapa, uno de los problemas más importantes en relación con el derecho a la vivienda en España ha sido el gran número de desalojos forzosos o desahucios. En algún caso, este problema ha llegado hasta el TC. Así, en la STC 188/2013, de 4 de noviembre, se desestimó un recurso de amparo en el que se impugnaba el desalojo forzoso y demolición de una vivienda construida ilegalmente en suelo no urbanizable (Cañada Real de Madrid).

La Sentencia contaba con el Voto Particular de los Magistrados don Fernando Valdés y doña Adela Asua, en el que se da cuenta de la conexión entre el derecho a la vivienda y el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH establecida por la jurisprudencia del TEDH. El Voto Particular hace referencia expresa al hecho de que la vivienda demolida, aunque fuera ilegal, había sido consentida por la Administración durante largo tiempo, como sucedía en varias Sentencias del TEDH: «En el juicio de proporcionalidad efectuado por la sentencia constitucional, se olvida, además, que debía haberse atendido al hecho del consentimiento previo, o tolerancia de facto, de la Administración al asentamiento irregular. Aun siendo un aspecto resaltado en la STEDH de 24 de abril de 2012, caso Yordanova y otros c.

Bulgaria, y también en la más reciente STEDH de 17 de octubre de 2013, caso Winterstein y otros c. Francia, que acoge la doctrina de la anterior, la Sentencia aprobada por la Sala lo relega de una manera asombrosa».

Asimismo, este interesante Voto Particular pone de manifiesto que la Sentencia no hace ninguna referencia a la conexión entre los derechos fundamentales protegibles en amparo y algunos derechos sociales que carecen de esa protección, al modo en que lo ha hecho en varias ocasiones el TEDH: «No se entiende que la ponencia no se ocupe materialmente de la conexión del art. 18.2 con el art. 47 CE, incluso con la protección de la familia del art. 39 CE, indudablemente en juego en estas situaciones, o con el interés del menor contenido en el art. 39.4 CE, que queda con seguridad implicado en este juicio concreto de inviolabilidad domiciliaria, al existir menores perjudicados por esta demolición».

Por otra parte, la STC 32/2019, de 28 de febrero, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-en Marea en el Congreso de los Diputados contra la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas.

La Ley 5/2018 preveía adecuar y actualizar el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente. Asimismo, esta Ley determina que la resolución judicial que ordene el desalojo de los ocupantes sin título se ha de comunicar por el órgano judicial a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que en el plazo de siete días puedan adoptar las medidas de protección que fueran procedentes, en orden a la situación de vulnerabilidad en que pudieran quedar los afectados por el lanzamiento.

Los diputados recurrentes sostienen que la Ley 5/2018 vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), porque hace posible ejecutar un desalojo forzoso de la vivienda sin alternativa habitacional y sin permitir a los órganos judiciales valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. El Tribunal considera que no hay vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por cuanto una de las causas que legitiman la entrada en un domicilio es la autorización judicial, que sí se da en la regulación cuestionada.

La parte más polémica de la Sentencia viene a continuación⁷⁴. Los recurrentes afirman que la Ley impugnada vulnera el derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido por el art. 47 CE y por distintos tratados internacionales de derechos humanos, en especial el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 11.1 PIDESC. Asimismo, afirman que contradice las garantías mínimas en materia de desalojos forzosos previstas en instrumentos emanados de organismos dependientes de la ONU.

En respuesta a esta alegación, el Tribunal afirma que el art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias». Por esta razón, continúa el Tribunal, la Ley recurrida no puede «en ningún caso contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (esto es, los contenidos en los arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30.2) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

La conclusión que extrae el Tribunal es que la Ley 5/2018 no puede considerarse inconstitucional por contradecir el derecho a la vivienda del art. 47 CE dado que, en la regulación de este derecho, el legislador dispone de un amplio margen de apreciación.

En un Voto particular concurrente, la Magistrada doña M.^a Luisa Balaguer manifiesta su acuerdo con el fallo de la Sentencia, pero también su discrepancia con los argumentos expuestos en el Fundamento Jurídico 6. En concreto, afirma que el apartado 3 del art. 53 CE priva al derecho a la vivienda del art. 47 CE de las garantías previstas en los apartados 1 y 2 del mismo artículo, pero no le priva de su carácter normativo, propio de toda la Constitución, como prescribe el art. 9.1 CE. En concreto, el art. 47 CE forma parte del parámetro de constitucionalidad, como todo el texto constitucional.

Recuerda el Voto particular cómo el propio Tribunal, en anteriores sentencias, ha insistido en el carácter normativo de otros Principios Rectores, como el derecho a la salud del art. 43 CE (STC 139/2016) o el derecho a un medio ambiente adecuado del art. 45 CE (SSTC 233/2015 y 132/2017). En coherencia con ello, afirma que no existe

⁷⁴ Ya se hizo alusión a esta cuestión en el apartado 7.2 de este trabajo.

una exclusión explícita referida a los Principios Rectores con relación al mandato del art. 10.2 CE.

El Voto Particular insiste en el carácter normativo de todos los principios rectores, incluido el art. 47 CE. Pero pone de manifiesto que la Sentencia parece otorgar menos valor a este precepto que a otros derechos sociales contenidos en el Capítulo III del Título I: «Y en este punto, esta magistrada confiere una relevancia constitucional evidente al derecho a la vivienda, en sí mismo considerado, y en la medida en que incide en otros derechos cuya naturaleza fundamental no admite dudas, particularmente en el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 CE, y en el derecho a la igualdad real y efectiva que se extrae de la lectura combinada de los arts. 9.2 y 14 CE».

El Voto Particular también pone de manifiesto que el art. 47 CE, igual que todos los preceptos del Capítulo III del Título I, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE). Afirma lo siguiente: «Siendo así, entiendo que la Sentencia debería haber tenido en cuenta, en su argumentación, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en las «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España», fechadas el 25 de abril de 2018, reitera su anterior recomendación (E/C.12/ESP/CO/5, párr. 22) e insta al Estado parte a que adopte un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados para llevar a cabo desahucios o desalojos forzados, que entre otros incorpore los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas, asegurando que las personas afectadas tengan acceso a una compensación o la opción de una vivienda alternativa adecuada, sean informadas con un plazo suficiente y razonable de notificación sobre las decisiones que ordenen los desahucios y tengan acceso a un recurso judicial efectivo».

Precisamente por vulneración del derecho a la vivienda, y en relación con los desahucios, se han presentado un buen número de Comunicaciones contra España ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC). Algunas han sido estimadas, como la presentada por Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili. En el Dictamen de fecha 20 de junio de 2017⁷⁵, el Comité DESC afirma: «El Comité considera que, en ausencia de argumentos razonables del Estado parte con relación a todas las medidas

⁷⁵ Puede verse en <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2407> (consulta enero de 2020).

tomadas hasta el máximo de sus recursos disponibles, el desalojo de los autores, sin que les fuera garantizada una vivienda alternativa por las autoridades del Estado parte en su conjunto, incluidas las autoridades regionales de Madrid, constituyó una violación de su derecho a la vivienda adecuada».

Por todo ello, el Voto Particular de doña M.^a Luisa Balaguer afirma que la Sentencia, cuando valora el cumplimiento por el Estado de los estándares internacionales mínimos sobre garantía del derecho a la vivienda, debería haber mencionado las Resoluciones citadas, con el objeto de exigir una justificación reforzada respecto del cumplimiento por parte del legislador de dichos estándares.

9.3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

Con respecto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de vivienda se han pronunciado varias Sentencias del TC. Se han presentado varios recursos de inconstitucionalidad por parte del Gobierno o por Diputados del Partido Popular contra varias leyes autonómicas relativas a la vivienda, que inciden en la función social de esta o que tratan de luchar contra la pobreza energética. Las Sentencias han sido parcialmente estimatorias y han anulado algunos preceptos de estas leyes autonómicas. Son una muestra de la conflictividad territorial existente en estos años de crisis sobre la forma de garantizar el derecho a la vivienda. Parece que las leyes autonómicas han ido más allá que la legislación estatal en esta garantía, pero se han topado con la distribución de competencias en materia de urbanismo y vivienda, tal y como ha sido entendida por el TC. En varias de estas Sentencias no ha habido Votos Particulares discrepantes⁷⁶.

⁷⁶ STC 154/2015, de 9 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por Diputados del Partido Popular contra la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para la vivienda protegida y suelo. STC 16/2018, de 22 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra). STC 32/2018, de 12 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. STC 43/2018, de 26 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas

En otras Sentencias, sin embargo, sí los ha habido. La STC 93/2015, de 14 de mayo, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Estado contra el art. 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

Esta Sentencia, que cuenta con tres Votos particulares de cuatro Magistrados, estima que la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, que regula la declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social, es inconstitucional porque el legislador andaluz ha ejercitado la competencia que le incumbe en materia de vivienda de un modo que menoscaba la competencia estatal establecida en el art. 149.1.13 CE. A esos efectos, sostiene que esta concreta regulación autonómica resulta contraria a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica que había sido establecida por el Estado en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, Y ello porque la normativa autonómica arbitra una solución completa para los supuestos de especial vulnerabilidad en las ejecuciones hipotecarias, consistente en la suspensión temporal de los lanzamientos.

Los Magistrados discrepantes (D.^a Adela Asua, don Fernando Valdés, doña Encarnación Roca y don Juan Antonio Xiol) coinciden en afirmar que la regulación establecida en la citada disposición adicional segunda supone un legítimo ejercicio de las competencias autonómicas en materia de vivienda previstas en el artículo 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y en que no cabe convertir el art. 149.1.13 CE en una fórmula para vaciar de competencias a las Comunidades Autónomas. Y difieren en algunos otros aspectos.

para garantizar el derecho a la vivienda. STC 97/2018, de 19 de septiembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco. STC 8/2019, de 17 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial. En estas Sentencias no ha habido Votos Particulares discrepantes.

Nuevamente, nos encontramos con una normativa autonómica más garantista de los derechos sociales que la estatal y el TC declara inconstitucional parte de dicha normativa autonómica. La Magistrada doña Adela Asua pone de manifiesto los problemas que puede causar la jurisprudencia reciente del TC que restringe excesivamente el ámbito de actuación de la legislación autonómica: «Las posibles implicaciones de la fundamentación de la presente Sentencia para nuestra futura jurisprudencia son preocupantes. Se da por bueno que el Estado, en virtud del título competencial contemplado en el art. 149.1.13 CE, pueda asumir e imponer de modo excluyente la solución de un problema social o económico como expresión de las bases de la planificación económica, cerrando el paso a que las Comunidades Autónomas puedan establecer sus propias medidas al respecto, incluso en el ámbito de las materias de su competencia exclusiva, como es la vivienda [...] En definitiva, la Sentencia aporta un nuevo constreñimiento de las competencias autonómicas, que se añade a una serie — ya excesiva— de pronunciamientos recientes, que, como he señalado en votos anteriores, si no se corrigen, terminarán redundando en una grave erosión y distorsión del sistema de distribución competencial consagrado por la Constitución».

A su vez, la STC 80/2018, de 5 de julio, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra varios artículos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana. Esta Sentencia estableció la nulidad de los preceptos legales autonómicos que establecían la acción pública frente a los órganos judiciales, regulaban situaciones sobrevenidas consecuencia de desahucios e introducían medidas para prevenir y paliar la pobreza energética. Cuenta con un Voto Particular discrepante del Magistrado don Juan Antonio Xiol, que afirma su «disidencia con la inconstitucionalidad de estas medidas autonómicas de protección de personas en especial situación de vulnerabilidad».

En parecidos términos, la STC 13/2019, de 31 de enero, estima el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. El Voto Particular de los Magistrados don Juan Antonio Xiol y doña M.^a Luisa Balaguer discrepan del parecer mayoritario y consideran que esta Ley no invadió competencias estatales.

La STC 21/2019, de 14 de febrero, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno contra la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón. Cuenta con el Voto Particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca, al que se adhiere el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar. Afirma lo siguiente: «Discrepo únicamente de la fundamentación jurídica referida a la desestimación de la impugnación del artículo 20.2 de la Ley aragonesa 10/2016, en lo relativo a la suspensión de los desahucios judiciales en supuestos de impago del alquiler [...]. No comparto ese razonamiento. La Sentencia parece considerar que, a sus efectos, la suspensión del lanzamiento en los procesos de ejecución hipotecaria y la de los lanzamientos en los procesos judiciales de desahucio por impago del alquiler son figuras similares o idénticas, con la consecuencia de que, a los segundos, les es aplicable la misma *ratio decidendi* que ya formuló la STC 5/2019 para los primeros. Con dicha identificación, la Sentencia no toma en consideración la diferente naturaleza de uno y otro procedimiento».

10. Conclusiones

La jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad del art. 14 CE es abundantísima. En este trabajo he destacado algunos de los principales retos que tiene planteado el TC en esta materia.

El TC, como también ha hecho el TEDH, ha añadido nuevos motivos de discriminación especialmente prohibidos a la enumeración contenida en el art. 14 CE, que ha considerado no cerrada ni exhaustiva.

Así, en varias sentencias ha afirmado que la edad puede considerarse incluida en la expresión «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», que cierra la lista de motivos prohibidos de discriminación.

En la STC 62/2008 se afirmó que la enfermedad podía ser considerada como un motivo prohibido de discriminación, pero, finalmente, en ese caso no se otorgó el amparo. En la STC 118/2019, sobre la reforma del Estatuto de los Trabajadores que permite el despido por faltas de asistencia al trabajo (incluso justificadas), ni siquiera se argumentó en

base a la discriminación por enfermedad (sí se hizo en un Voto Particular discrepante).

En varias Sentencias se ha afirmado que la orientación y la identidad sexual están incluidas, como motivo prohibido de discriminación, en el art. 14 CE. Sin embargo, de forma polémica, en algún caso se ha denegado el amparo por entender que la diferencia de trato se debía a otras circunstancias (STC 176/2008).

Sobre los motivos clásicos de discriminación, se analiza, en primer lugar, la discriminación por razón de sexo o género. En esta materia, la jurisprudencia del TC ha sido, en general, muy progresiva y ha contribuido a eliminar discriminaciones directas e indirectas que subsistían en el ordenamiento. También ha convalidado varias medidas de acción positiva que trataban de conseguir la igualdad real. Uno de los retos que se plantean en la actualidad es la relación, a veces polémica, entre las medidas que tratan de eliminar la discriminación de la mujer y las medidas protectoras de la maternidad, como la diferente duración de los permisos parentales. Es un desafío que se plantea también a nivel internacional, sobre la correcta interpretación del art. 4.2 de la CEDAW.

Sobre la discriminación por razón de raza o etnia, existen dos polémicas sentencias que denegaron el amparo en sendos casos en que se había producido lo que se conoce como *perfil racial* (*racial profiling*). En ambos asuntos, España fue condenada por órganos internacionales (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y TEDH).

Por otra parte, mientras que el TEDH ha admitido en varias Sentencias la existencia de una discriminación por razón de nacionalidad, el TC no ha llegado a afirmar claramente esta posibilidad. Sin embargo, sí ha reconocido en varias Sentencias que determinados derechos fundamentales derivados de la dignidad humana son predicables de todas las personas, españolas y extranjeras.

Aunque la mayoría de los derechos sociales de prestación se encuentran reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución y, por tanto, no son protegibles en amparo, en ocasiones el TC, como también ha hecho el TEDH, ha otorgado una protección indirecta de estos derechos, en particular, ampliando el contenido de algunos derechos civiles y políticos que sí son defendibles en amparo.

Así, por ejemplo, ha protegido algunos contenidos del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y del derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) a través del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y a través del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE).

A partir de la crisis económica y financiera que comenzó en 2008, la jurisprudencia del TC sobre los derechos sociales de prestación ha sido muy abundante y nada pacífica. Frente a las distintas impugnaciones contra diversas leyes y normas sociales regresivas en esta materia (los llamados «recortes»), la mayor parte de las Sentencias del TC han convalidado esta legislación. Sin embargo, se ha tratado de Sentencias polémicas en las que se han dictado un buen número de Votos Particulares discrepantes. Todo ello ha mostrado claramente la existencia de dos posturas en el seno del Alto Tribunal: Una postura mayoritaria que, en general, ha convalidado los «recortes», y una postura minoritaria que ha dictado Votos Particulares discrepantes muy completos y elaborados.

Una de las materias en las que ha habido discrepancia es la relativa a los límites materiales del Decreto-Ley. En la STC 139/2016 la postura mayoritaria consideró que el art. 43 CE no está incluido entre esos límites materiales. Sin embargo, uno de los Votos Particulares puso de manifiesto que nunca antes se habían excluido los Principios Rectores de la cláusula de no afectación del art. 86 CE.

En reiterada jurisprudencia se había puesto de manifiesto que los Principios Rectores no carecían de valor normativo y, en particular, que a estos Principios también debía aplicarse la regla interpretativa del art. 10.2 CE (interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos). Sin embargo, en la STC 32/2019 se afirma que el art. 47 CE no está incluido entre los preceptos a los que debe aplicarse la mencionada regla. La contradicción es puesta de manifiesto en un Voto Particular discrepante.

La STC 139/2016 y otras concordantes convalidaron una legislación que privó a dos colectivos (españoles no asegurados y extranjeros empadronados sin permiso de residencia) de la asistencia sanitaria pública que disfrutaban con anterioridad, salvo casos de urgencia. Un Voto Particular discrepante puso de manifiesto que esta regresión en un derecho social ya conseguido se había realizado sin una argumentación suficiente -contraviniendo así estándares internacionales- y suponía un sacrificio desproporcionado del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, cuya conexión con el art. 15 CE ya había sido establecida en varias Sentencias por el TC.

En relación con la privación de la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia, varias Sentencias del TC estimaron recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias interpuestos por el Gobierno del Estado contra diversas normativas auto-

nómicas que habían extendido la asistencia sanitaria a este colectivo, considerando que se habían invadido competencias estatales. Estas Sentencias contaron con Votos Particulares que discrepaban del Fallo y que insistieron en que el principio de interpretación más favorable a los derechos fundamentales debe presidir también el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y que los niveles mínimos de protección establecidos por la legislación estatal pueden ser ampliados por la normativa autonómica.

Con relación al derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), se han dictado algunas Sentencias polémicas referidas al conflicto de este derecho con los desahucios forzosos. En la STC 188/2013 se desestimó un recurso de amparo contra un desahucio y demolición de vivienda construida ilegalmente. En un Voto Particular discrepante se puso de manifiesto que en la Sentencia no se había tenido en cuenta la conexión, establecida en la jurisprudencia constitucional previa, del derecho a la vivienda con el art. 18.2 CE e, incluso, la conexión que el TEDH había establecido entre ese mismo derecho y el art. 8 CEDH (respeto a la vida privada y familiar).

La STC 32/2019 afirma la constitucionalidad de una ley que permitía el desahucio de una vivienda ocupada ilegalmente. Un Voto Particular concordante con el Fallo manifiesta, sin embargo, su disconformidad con parte de la argumentación. Estima que la Sentencia debió haber interpretado el art. 47 CE de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en concreto, con las disposiciones que establecen la obligación de buscar una alternativa habitacional para las personas desahuciadas.

Por otra parte, varias Sentencias han resuelto conflictos competenciales en los que el Gobierno del Estado impugnaba normativas autonómicas más garantistas del derecho a la vivienda que la normativa estatal. En general, las Sentencias han afirmado la inconstitucionalidad parcial de dichas normas autonómicas. En varios votos discrepantes se ha afirmado que estas Sentencias restringen excesivamente el ámbito de actuación de la legislación autonómica, impidiendo, además, una legislación que trataba de proteger a las personas más vulnerables.

Finalmente, como conclusión del trabajo, estimo que el Tribunal Constitucional no debe sustituir al legislador en el diseño de las políticas sociales. Pero sí puede realizar una protección indirecta de los derechos sociales a partir de algunos derechos civiles y políticos, al menos, como ha venido haciendo hasta la crisis económica de 2008. También puede llamar la atención del legislador en casos de incum-

plimientos flagrantes de los estándares internacionales en materia de derechos sociales (si no por omisión, sí, al menos, por regresividad no suficientemente justificada). Los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por España y también las resoluciones de los órganos internacionales de protección deben ser utilizados como canon interpretativo de las normas constitucionales, como claramente impone el art. 10.2 de la Norma Fundamental. No hay que olvidar que, como han reiterado diversos organismos internacionales, los derechos humanos son indivisibles y todos están basados en la dignidad humana.